

## 障害者雇用における合理的配慮の理念と構造：障害を持つアメリカ人法（ADA）から合理的配慮と平等概念の関係を分析する

|        |   |
|--------|---|
| 著者     | 西田 玲子   |
| 発行年    | 2018  |
| 学位授与大学 | 筑波大学 (University of Tsukuba)  |
| 学位授与年度 | 2018  |
| 報告番号   | 12102甲第8806号  |
| URL    | <a href="http://doi.org/10.15068/00153801">http://doi.org/10.15068/00153801</a> |

# 「障害者雇用における合理的配慮の理念と構造

——障害を持つアメリカ人法（ADA）から合理的配慮と平等概念の関係を分析する」

筑波大学審査学位論文（博士）

2018年

西田 玲子

筑波大学大学院

ビジネス科学研究科 企業科学専攻

## 目次

|  |    |
|--|----|
| 序章 問題の所在と本論文の構成.....   | 6  |
| 第1章 日本における障害者雇用政策の歴史と変遷 .....  | 10 |
| 1. 促進法を中心とした障害者雇用政策の歴史 .....   | 10 |
| (1) 制度確立期（1960年～1980年頃）－障害者の就業機会の増大をはかる雇用政策の開始－ .....                          | 10 |
| (2) ノーマライゼーションの影響と対象の拡大（1980年頃～1990年代前半）－国際的な動向と国内への影響，雇用政策の対象となる障害者の拡大－ ..... | 11 |
| (3) 政策対象の拡大と政策の変化（1990年代後半～2000年前半）－法定雇用率の引上げと雇用促進施策の多様化－ .....                | 13 |
| (4) 政策の転換期（2005年頃～2010年頃）－福祉的雇用から一般就労への移行の促進，雇用率制度の対象事業者の拡大－ .....             | 14 |
| (5) 条約批准と国内法整備（2010年頃～現在）－条約批准に向けた法改正と差別禁止原則の導入－ .....                         | 15 |
| (6) 小括 .....   | 17 |
| 2. 促進法に基づく雇用率制度の概要 .....   | 18 |
| (1) 雇用率制度の対象となる障害者 .....   | 19 |
| (2) 法定雇用率 .....  | 21 |
| (3) 納付金制度 .....  | 21 |
| (4) 雇用率未達成企業への対応 .....   | 22 |
| (5) 雇用促進のための仕組み .....  | 23 |
| (6) 雇用率制度の課題 .....   | 23 |
| 3. 障害者権利条約における合理的配慮 .....  | 24 |
| 4. 促進法における差別禁止規定と合理的配慮 .....   | 26 |
| (1) 差別禁止規定・合理的配慮規定の法制化に関する議論の経緯 .....  | 26 |
| (2) 促進法の下での差別禁止及び合理的配慮規定 .....   | 30 |
| (3) 促進法の差別禁止規定及び合理的配慮義務に関する課題 .....  | 41 |
| 第2章 日本の判例，先行研究の状況と本稿の合理的配慮研究にかかる視点 53  |    |
| 1. これまでの判例（労働契約上の配慮義務，解雇回避努力，障害者の不利益処遇に関わる裁判例） 53                              |    |
| 2. 合理的配慮に関する先行研究と本稿で取り組む課題 .....   | 62 |

|                                   |   |     |
|-----------------------------------|---|-----|
| (1)                               | 日本の促進法の下での合理的配慮に関する先行研究 .....                         | 62  |
| (2)                               | 本稿の合理的配慮にかかる研究の視点 .....                               | 65  |
| 3.                                | 比較対象国の選定 .....  | 68  |
| (1)                               | アメリカを比較対象国とする理由 .....                                 | 68  |
| (2)                               | ADA の合理的配慮に関する日本の先行研究 .....                           | 71  |
| 第 3 章 ADA 第 1 編（雇用分野）の合理的配慮 ..... |   | 79  |
| 1.                                | Americans with Disability Act of 1990 の成立と合理的配慮 ..... | 79  |
| (1)                               | ADA の成立と改正 .....                                      | 80  |
| (2)                               | ADA 施行後に生じた問題と ADA 改正に至る経緯 .....                      | 82  |
| (3)                               | 合理的配慮の課題 .....  | 88  |
| 2.                                | ADA 第 1 編における合理的配慮と関連する規定 .....                       | 90  |
| (1)                               | 合理的配慮の対象者 .....                                       | 90  |
| (2)                               | 合理的配慮の定義 .....  | 92  |
| (3)                               | 過度な負担の判断要素 .....                                      | 92  |
| (4)                               | ADA 第 1 編で禁止される障害差別と救済 .....                          | 93  |
| (5)                               | 抗弁（Defense） .....                                     | 94  |
| (6)                               | 定義の曖昧さから生じる解釈上の問題 .....                               | 95  |
| 3.                                | EEOC とその役割 .....                                      | 96  |
| (1)                               | EEOC と ADA 違反に対する救済 .....                             | 97  |
| (2)                               | ADA 規則（29 C.F.R. § 1630） .....                        | 98  |
| (3)                               | EEOC の合理的配慮に関する指針 .....                               | 103 |
| (4)                               | 小括 .....  | 107 |
| 4.                                | ADA 第 1 編における裁判例の検討—要求した配慮が認められるための法律要件 .....         | 107 |
| (1)                               | 合理的配慮の不提供を争う場合の主張・立証構造（Burdens of Proof） .....        | 108 |
| (2)                               | 障害（Disability） .....                                  | 110 |
| (3)                               | 適格性要件（Qualification） .....                            | 111 |
| (4)                               | 合理的配慮を適切に要求していたこと（Request 要件） .....                   | 120 |
| (5)                               | 合理性要件（Reasonable Accommodation） .....                 | 122 |
| (6)                               | 過度な負担（Undue Hardship） .....                           | 131 |
| (7)                               | 抗弁（直接的な脅威と問題行動） .....                                 | 133 |
| (8)                               | 相互プロセス（Interactive Process） .....                     | 139 |

|  |     |
|--|-----|
| (9) 小括 .....   | 143 |
| 5. ADA 第 1 編における裁判例の検討－合理的配慮の提供義務をめぐる個別的な事案① .....                                     | 145 |
| (1) 合理的か合理的でないかの判断が明確でない配慮 .....   | 146 |
| (2) 職場のルールと配慮の関係 .....   | 148 |
| (3) 合理的配慮としての休職（休暇） .....  | 151 |
| (4) 会社の休職（休暇）制度や FMLA に基づく休職と配慮の関係 .....   | 152 |
| (5) 同等の利益を享受できるための配慮 .....   | 154 |
| (6) 障害に起因する問題行為（misconduct）と配慮 .....   | 155 |
| 6. ADA 第 1 編における裁判例の検討－合理的配慮の提供義務をめぐる個別的な事案②「現在のポジションにおける本質的職務機能を遂行できなくなった場合の配慮」 ..... | 157 |
| (1) 配置転換のための前提条件 .....   | 159 |
| (2) 中立的な職場ルールと対立する場合に合理的配慮の優先を認めるかどうか .....  | 162 |
| (3) 小括 .....   | 184 |
| 7. 合理的配慮に関するアメリカでの研究 .....   | 186 |
| (1) 合理的配慮規定の意義 — 合理的配慮の目的と役割 .....   | 187 |
| (2) 配慮の合理性を判断するための統一的なアプローチ .....  | 193 |
| (3) 具体的な状況における合理性判断－空きのあるポジションへの配置転換 .....   | 198 |
| (4) 配慮費用にかかる合理性判断・過度の負担の判断 .....   | 203 |
| (5) 合理的配慮にかかる費用の経済的効率性に基づく分類と社会的利益を含めた検討 .....   | 207 |
| (6) 小括 .....   | 216 |
| 8. 差別禁止法に定められた合理的配慮の意義と課題 .....  | 218 |
| (1) ADA 第 1 編における合理的配慮の状況 .....  | 218 |
| (2) 空きのあるポジションへの配置転換に関する議論 .....   | 220 |
| (3) 差別的状況を改善する合理的配慮の役割 .....   | 223 |
| 9. ADA 第 1 編における合理的配慮に関する本稿の分析 .....   | 224 |
| (1) ADA 第 1 編の合理的配慮の枠組み .....  | 224 |
| (2) 同一取扱いと合理的配慮による異なる取扱い－ADA 第 1 編の平等概念 .....  | 226 |
| (3) 雇用保障と合理的配慮－能力を判断する時期を先延ばしにする .....   | 228 |
| (4) 雇用保障と合理的配慮－能力ベースの競争方針を適用しない .....  | 230 |
| 第 4 章 日本の促進法の下での「合理的配慮」のあり方 .....  | 233 |
| 1. 問題提起 .....  | 234 |

|   |     |
|---|-----|
| 2. 日本とアメリカの労働環境の違い.....   | 236 |
| (1) アメリカの雇用慣行と障害者雇用 .....   | 236 |
| (2) 日本の雇用慣行と障害者雇用 .....   | 241 |
| 3. 日本の合理的配慮にかかる問題の分析と検討.....                                      | 248 |
| (1) 雇用平等と雇用促進概念からみた日本の合理的配慮の問題（分析） – ADA 第 1<br>編の分析枠組みを用いて ..... | 248 |
| (2) 日本の合理的配慮の在り方（検討） .....  | 270 |
| 結語 .....  | 329 |

## 序章 問題の所在と本論文の構成

日本では、2011年の障害者基本法改正で「合理的配慮」が初めて明文化され<sup>1</sup>、障害者の雇用の促進等に関する法律（以下、「促進法」という。）の2013年改正（2016年4月施行）により雇用分野にも合理的配慮概念が導入された。事業主に対し、障害者である労働者もしくは応募者への合理的配慮の提供を義務づけている（促進法36条の2、36条の3）。

合理的配慮概念は、アメリカで宗教分野から始まり障害分野に取り入れられた。合理的配慮は差別禁止法とともに広がった比較的新しい概念である<sup>2</sup>。国連の障害者権利条約（以下、「条約」という。）にも取り入れられている。条約では、合理的配慮（Reasonable Accommodation）を「障害者が他の者と平等にすべての人権及び基本的自由を享有し、または行使することを確保するための必要かつ適当な変更及び調整であって、特定の場合において必要とされるものであり、かつ、均衡を失したまたは過度の負担（disproportionate or undue hardship）を課さないものをいう<sup>3</sup>」（2条）と定義し、締約国に、合理的配慮の提供を確保するための適切な措置を講じることを義務づけている（5条3項）。

日本では、条約批准に向けて、各国の合理的配慮の取組み状況を研究し、合理的配慮についての理解を深める調査や研究がなされてきた<sup>4</sup>。それが必要とされる背景には、新たな概念を理解する必要があると同時に、さらに、日本の障害者雇用政策の中で、合理的配慮をどう位置づけていくのかという課題に取り組む必要があったためである。そのような観点から、各国で実施されている障害者施策の中で、それぞれ合理的配慮をどのように位置づけたのかを具体的に知るための調査、研究がなされてきた<sup>5</sup>。各国で合理的配慮を導入する際、どのような配慮の提供を義務づけるのかという点で、混乱がなかったわけではない<sup>6</sup>。合理的配慮は、一般的あるいは集団的な性格を有するものではなく、個別性を有するもので

---

<sup>1</sup> 障害者基本法4条2項「社会的障壁の除去は、それを必要としている障害者が現に存し、かつ、その実施に伴う負担が過重でないときは、それを怠ることによつて前項の規定に違反することとならないよう、その実施について必要かつ合理的な配慮がされなければならない。」

<sup>2</sup> （独）高齢・障害・求職者雇用支援機構 障害者職業総合センター「障害者雇用にかかる『合理的配慮に関する研究』—EU諸国及び米国の動向」（以下、「合理的配慮に関する研究」という。）（2008）11頁。

<sup>3</sup> 日本語訳参考、外務省「障害者の権利に関する条約」平成26年1月30日

（[http://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr\\_ha/page22\\_000899.html](http://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr_ha/page22_000899.html), 2017/11/7 最終閲覧）。

<sup>4</sup> 「合理的配慮に関する研究・前掲注2、平成23年度内閣府委託報告書「障害者差別禁止制度に関する国際調査」など。

<sup>5</sup> 「合理的配慮に関する研究・同上、167-170頁。「障害者権利条約における合理的配慮の定義が「一般性」と「柔軟性」を有することも確かであり、それが具体的な場面でいかなる意味を持つことになるのかは、各締約国の実行や条約体（障害者権利委員会）の解釈の蓄積を待たねばならない部分も少なくない」と指摘されている。

<sup>6</sup> Lisa Waddington, When it is Reasonable for Europeans to Be Confused: Understanding When a Disability Accommodation is 'Reasonable' from a Comparative Perspective, 29 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 317, 318 (2008).

あるため<sup>7</sup>、どのような配慮が合理的か、もしくは、どのような場合に提供義務を免除する過度の負担となるのかの判断基準とあわせて、アメリカにおいてもまた EU 諸国においても、合理的配慮義務の範囲を法的にどう解釈するのかが問題となっている<sup>8</sup>。

実際に、日本でも合理的配慮規定の法解釈もさることながら、職場での合理的配慮の実施にあたっては、具体的な場面で何をどこまで行うのか判断する必要がある、それには混乱が伴う可能性がある。適切な合理的配慮の提供を確保するためには、配慮の理念や役割を理解し、個々の状況に応じて、どのような配慮を提供するか決定しなければならない。

本稿では、合理的配慮を理解するために、世界で初めて障害差別を禁止する法律を制定したアメリカを比較対象国として選び、雇用分野における合理的配慮の位置づけや配慮が果たすべき役割を確認する。アメリカでは、差別禁止法において合理的配慮の不提供を差別と定めているため（42 U.S.C. §12112(b)(5)(A)）、使用者がどのような配慮を提供しなかった場合に差別を構成するのかが裁判で争われており、判例の蓄積がある。そこで、合理的配慮について裁判で争われる理由や裁判所間で合理的配慮の解釈が混乱している理由に着目することによって、そこからアメリカ法の中で求められている合理的配慮とは何かを検討する。本稿は、アメリカでの合理的配慮に関する判例や議論から、合理的配慮の理念を明らかにし、日本の障害者雇用政策の歴史と制度、さらに、雇用慣行を踏まえて、日本では障害者雇用法制の中で合理的配慮がどのように位置づけられるのか、障害者雇用だけでなく一般労働法に、合理的配慮義務がどのような影響を及ぼし得るのかについても検討する。

本稿は、以下のような構成で展開する。

第1章では、日本の障害者雇用政策を振り返り、雇用率制度を中心に政策が進められてきた中で、条約の批准に向けて、差別禁止と合理的配慮規定の導入という、新たな視点を取り入れたこと確認する。また、そのような変化をもたらした条約について、本稿で取り組む「合理的配慮」を中心に紹介する。本章では、2013年の促進法改正で導入された差別禁止規定と合理的配慮の提供義務について、法律上の規定及びその行政解釈を確認した上で、先行研究で示されている課題を述べる。

第2章では、第1章で挙げた合理的配慮にかかる課題をもとに、日本の雇用システムで求められる合理的配慮類似の措置について、これまでの判例から確認する。また、日本で行われている合理的配慮に関する先行研究の状況を確認し、その上で、本稿で取り組む合理的配慮の課題を明らかにする。本稿は、2013年改正で、促進法の目的に障害者と障害者でない者との間の均等な機会及び待遇の確保が明

---

<sup>7</sup> 条約の合理的配慮の定義（2条）でも、「特定の場合において必要とされるもの」とされ、障害を持つ個人に必要とされる配慮を個別的に判断することが求められている（東 俊裕「障害に基づく差別の禁止」長瀬 修ほか編『障害者の権利条約と日本—概要と展望』（生活書院、2009）48頁）。

<sup>8</sup> Lisa Waddington, *supra* note 6, at 318; 長谷川 珠子「障害をもつアメリカ人法における『合理的便宜（Reasonable Accommodation）』—障害をもつ者の雇用と平等概念—」法学 67 卷 1 号（2003）112 頁。



記されたことを踏まえ、そのような平等の視点から合理的配慮について検討することを重視している。これを受けて、日本の合理的配慮にかかる本稿の検討においては、アメリカを比較対象国とすることが有用であることを説明し、日本におけるアメリカ法の先行研究の状況から本稿でアメリカの合理的配慮を比較検討する余地があることを論じる。

第3章では、障害を持つアメリカ人法（**American with disabilities Act of 1990**）（以下、「ADA」という）の第1編（雇用分野）について、特に合理的配慮規定を中心に考察する。ADAの施行から、25年以上の間に生じた合理的配慮にかかる問題を法律上の規定、連邦機関の解釈、判例、学説等から確認する。また、ADA第1編の下で、差別禁止と合理的配慮の概念がどのように調和したのか、合理的配慮には機会均等だけでなく、障害を持つ個人を労働力として労働市場に参加させ、さらに、その雇用を維持するような機能が期待されているのかどうかに着目し、法の目的と合理的配慮の義務の範囲との関係を検討する。本稿はアメリカ法の研究として、アメリカの学説上、合理的配慮についてどのような議論がなされているのかを紹介する。特に、合理的配慮の理念を平等概念から説明する理論、及び、配慮の合理性判断の基本的枠組みをいかに設けるかといった議論を取り上げる。さらに、合理的配慮にかかる費用面で合理性の基準を設けようとする研究や、合理的配慮にかかる費用はあまりかからないとされた実証研究など取り扱う。

第4章では、労働市場の違いを踏まえながら、アメリカでの合理的配慮にかかる課題を参考に、日本ではどのような合理的配慮が求められ、その提供に際してどのような課題が生じるかを改めて指摘する。第3章の検討から、合理的配慮に雇用平等のほか、それとは異なる概念が含まれる場合、どちらの概念を重視するかで配慮内容が異なり、混乱が生じ得ると分析している。その枠組みで日本の合理的配慮を捉えると、雇用促進に重点を置いた日本の障害者雇用政策の影響を強く受けるものと、差別禁止との結びつきの強いものが対立し、雇用促進を重視すれば雇用平等が損なわれるという問題が生じる可能性を指摘する。両者をいかに調整するかという課題に加え、さらに、差別禁止との結びつきが強く、均等な機会や待遇を確保するための合理的配慮を日本の雇用システムの下で機能させるという課題について、アメリカ法を参考にして取り組む。もう一方の雇用率制度との結びつきの強い合理的配慮は、日本独自のものであるため、そのような配慮がどこまで求められるのかという課題には、条文を根拠とする法解釈アプローチから取り組む。

なお、結語で示す本稿の新たな知見と主張の骨子を先取りして、以下に記す。日本におけるアメリカ法の研究としての価値と、日本の合理的配慮にかかる研究としての意義の2つの視点で簡単に取り上げる。

合理的配慮は、そもそも個別性、多様性の高いもので、さらに、過重な負担を伴わないものとされ、特定の配慮が法的義務として課されるものかどうかを判断する際、程度問題で判断されることを懸念

し、アメリカの合理的配慮にかかる裁判例から、どのように配慮の合理性を判断しているのかを分析した。本稿は、合理性判断を切り口として、ADA 第 1 編の下で争われた合理的配慮にかかる裁判例を検討している点に特徴がある。

本稿では、合理性判断に統一的解釈が生まれにくい要因として、ADA が求める平等概念をどう捉えるかという問題が関係していると考えている。ADA 第 1 編で合理的配慮のひとつとされている「空きのあるポジションへの配置転換」には、障害を持つ個人の雇用を配置転換によって維持するという機能があり、一種の雇用保障的な要素を含む配慮が法の射程範囲に含まれることを意味する。しかし、そのような雇用保障的な配慮と、法の目的である機会均等という平等概念との整理がついていないことが、配置転換にかかる合理的配慮について裁判所間で判断が分かれた要因になったと指摘した。以上のように、本稿では、雇用差別禁止法である ADA 第 1 編でも、障害を持つ労働者の雇用を維持する機能を持つ合理的配慮を射程範囲に含むこと、さらには、あくまで適格性ベースで取扱いを決める「雇用平等」か、障害を持つ労働者が労働市場にとどまることを重視する「雇用保障」か、どちらの概念を重視するかで、判断が分かれてきたことを示したことに独自性があるという。

アメリカ法の検討を踏まえ、日本の合理的配慮は、「雇用平等」と「雇用促進」の 2 つの概念が混在する、ある種のハイブリッド型であることを指摘している。そこで、合理的配慮の内容を検討する際、どちらの概念をもとに考えるかで内容が変わり得ること、雇用促進を重視すると雇用平等が損なわれるという側面があることを問題として提起している。この問題に取り組む上で、日本の合理的配慮について「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の 2 つの概念を立てることの必要性和有用性を提示し、本稿では、上述の問題に対する解決方法を提示している。

その他、日本の雇用システムの下、既存の正社員モデルで求められる職務機能には、多様な役務を果たせることなど、障害者にとっては不利な機能が含まれることを指摘し、日本の雇用システムの下での平等取扱いをどう考えるかという課題に取り組んだ。さらに、日本法独自の課題である、「雇用促進的配慮」について、条文を根拠とする理論的検討に基づき、「雇用促進的配慮」の提供義務の範囲を明らかにした。同時に、解雇や雇止めの可能性が生じている場面での「雇用促進的配慮」の提供については、促進法で規定された合理的配慮義務と一般労働法の下での労働契約上の配慮義務との関係や違いを踏まえ、二元論的に別枠で検討する必要を示している。以上のように、促進法の下での合理的配慮について概念的な整理をした上で、義務の範囲について一定の指針を示したことに、本稿の新規性があると考えられる。

## 第1章 日本における障害者雇用政策の歴史と変遷

本章では、日本の障害者雇用政策における歴史の変遷を辿る。日本の合理的配慮を検討する上で、これまでの障害者雇用政策が影響する可能性を考慮し、本章前半では、政策の歴史を概観し、さらに、政策の中心として機能してきた雇用率制度の概要を確認する。

本章後半では、日本の見本となった条約の合理的配慮規定を紹介した上で、促進法の差別禁止規定と合理的配慮の提供義務について、指針等の行政解釈も含めて確認する。日本では、障害者雇用の分野で初めて差別禁止法理を導入するにあたり、慎重に議論されてきた。その経緯を示すとともに、すでに先行研究等で指摘される促進法の差別禁止と合理的配慮にかかる問題について紹介する。

### 1. 促進法を中心とした障害者雇用政策の歴史

本節では、促進法制定から条約批准までの日本の障害者雇用政策の歴史を振り返り、その変遷を辿る。日本の障害者雇用政策は、雇用率制度による量的な障害者雇用の促進を中心に展開してきたといえる。同時に、障害者施策に関する国際的な動向の影響を強く受けてきた。その中でも、条約の成立は政策に大きな影響を与えた。条約批准を目指し、差別禁止規定と合理的配慮の提供義務を導入した2013年の促進法改正は、量的な側面から障害者雇用の改善をはかってきたこれまでの政策とは異なることを確認する。

#### (1) 制度確立期（1960年～1980年頃）－障害者の就業機会の増大をはかる雇用政策の開始

1960年に身体障害者雇用促進法が制定され、初めて一定の雇用率を達成するよう努力目標が設定された。当初は、知的障害者と精神障害者は、同法の対象に含まれなかった。国際労働機関

(International Labour Organization)（以下、「ILO」という。）は、1955年に第99号勧告「身体障害者の職業更生に関する勧告<sup>9</sup>」を採択した。同勧告1条(b)項の定義では、「障害者(disabled person)」を、「身体的及び精神的機能障害(インペアメント)の結果、適当な職業につき、かつ、それを継続する見込が相当に減退している者<sup>10</sup>」と規定しているにもかかわらず、日本では「身体障害者」と限定して訳したために、身体障害者以外の職業関連制度が遅れる一因となったとされている<sup>11</sup>。

<sup>9</sup> 第99号勧告は、障害を持つ人の職業リハビリテーション分野の指導原則を定めている。英語名は「Vocational Rehabilitation (Disabled) Recommendation, 1955」となっており、「身体障害者」に限定していない。

<sup>10</sup> 原文では「an individual whose prospects of securing and retaining suitable employment are substantially reduced as a result of physical or mental impairment」と定義されている。ILO第159号条約の定義との違いについては、後継注19を参照。

<sup>11</sup> 大岡孝之＝菅野敦「我が国における障害者労働・福祉施策の変遷とこれからの課題」学芸大紀要総合

身体障害者雇用促進法の制定と同じ年（1960年）に、精神薄弱者福祉法（現在の知的障害者福祉法）が制定された。その後、1969年の職業訓練法では、知的障害者への職業訓練の適用が始まったものの、雇用に適するかどうかの判定が困難なこと、適職の開発が進んでいないこと、社会生活指導の面で特別な配慮を必要とすることなどを理由として促進法の対象からは除外されていた<sup>12</sup>。

1966年には雇用政策の基本法となる「雇用対策法<sup>13</sup>」が成立し、「完全雇用の達成」に資することを目的に必要な施策を講じることが定められた。当時の問題としては、法定雇用率未達成の事業所の中でも大企業の割合が高いこと、障害の程度が重いほど就職が依然として困難であること、いまだに障害に対する先入観が強いことなどが挙げられていた<sup>14</sup>。

そうした中でも、1973年のオイルショックまで続く高度経済成長下における労働力不足という経済環境にも後押しされ、1976年の促進法改正で、障害を持つ人の就労保障の実質化を目指し、雇用義務が努力義務から義務へと改められた。同時に、納付金制度や法定雇用率未達成事業者の公表制度が法定化された。また、同改正で、重度障害者の就業率が低いことから、重度障害者の雇用の促進を図ることを目的として、身体障害者手帳1・2級に相当する者が週に30時間以上勤務している場合は1人をもって2人に相当するものとみなすダブルカウント制が導入されている。

## （2）ノーマライゼーション<sup>15</sup>の影響と対象の拡大（1980年頃～1990年代前半）－国際的な動向と国内への影響、雇用政策の対象となる障害者の拡大－

1980年代は障害を持つ人の雇用問題が重要事項として国際機関で取り上げられ、その影響を受けて、漸く日本においても精神障害者の社会復帰のための施策が始まった。これまでの身体障害者中心の施策から対象が身体障害以外にも拡大していく時代である。

1980年に国連に国際障害者年の推進本部が設置され、1981年には「完全参加と平等」をテーマにした国際障害者年が宣言された。さらに、1982年には、障害の予防、リハビリテーション、そして「完全参加と平等」を実現する手段の促進を目的として、包括的な障害者に関する世界行動計画が策定さ

---

教育科学系第60集（2009）500頁。

<sup>12</sup> 西村 健一郎「障害者の雇用保障」ジュリ 740号（1981）75-76頁。

<sup>13</sup> 雇用対策法では、「障害者の職業の安定を図るため、雇用の促進、職業リハビリテーションの推進その他の障害者がその職業生活において自立することを促進するために必要な施策を充実すること」（4条1項8号）と定められおり、障害者を対象とした雇用対策の基本となっている。

<sup>14</sup> 手塚 直樹『日本の障害者雇用』（光生館、2000）114-116頁。

<sup>15</sup> 「障害を持つ人も一人の市民としてできる限りノーマルな生活を送れるよう、その権利を等しく保障すべきとの考え方」とされている（中川 純＝新田 秀樹「日本の障害法」菊池 馨実ほか編著『障害法』（成文堂、2015）34頁）。ノーマライゼーションは、知的障害者の脱施設化を目指し地域生活を支援することを契機として生まれた言葉であり、現在では福祉の基本的な概念となっている（平岡 公一ほか『社会福祉学』（有斐閣、2011）244-245頁）。

れ、各国に積極的な障害者政策を取ることが求められた<sup>16</sup>。第 37 回国連総会では「国連障害者の十年」（1983 年～1992 年）宣言が採択され、1983 年より開始された<sup>17</sup>。同年、ILO は、「完全参加」並びに「平等」という目標の実現のため、国際的及び国内的に効果的な措置をとり、その進展の結果、すべての種類の障害者が雇用され、かつ、社会において統合されるようにするため、農村及び都市の双方において、障害者に対し均等な機会及び待遇を確保する必要性を特に勘案した国際基準を採択することが適当で、その提案は国際条約の形式をとるべきであるとして<sup>18</sup>、第 159 号条約「障害者の職業リハビリテーション及び雇用に関する条約」及び同名の勧告を採択した（1983 年 6 月 20 日）<sup>19</sup>。

日本政府は、ILO 第 159 号条約に大きな影響を受け、1987 年に促進法の大改正を行い、1992 年 6 月 12 日に批准した。1987 年の主要な改正点としては、法律名称から「身体」が削除され「障害者の雇用の促進等に関する法律」に改称されたこと、すべての障害者を法の対象としたこと、雇用義務の対象は変えずに、知的障害者に関しては、身体障害者が雇用されたとみなして雇用率に算入できる「みなし雇用」制度が導入されたこと、ノーマライゼーションの理念を障害者雇用の基本理念とし、職業リハビリテーションを法律の中心に位置づけたことなどが挙げられる。しかし、精神障害者の雇用状況は最も厳しく、依然として制度格差が大きかったため、実質的な対象の拡大とはいえない状況であった<sup>20</sup>。

1990 年代に入り、精神障害者への社会復帰促進のための施策が始まる。1992 年の一般職業能力開発校での精神障害者の受入が開始され、精神障害者社会復帰施設の整備として、精神障害者入所授産施設、精神障害者福祉工場が制度化される<sup>21</sup>。1993 年制定の障害者基本法で精神障害者が「障害者」として明確に位置づけられるなど、徐々にこれまでの身体障害あるいは知的障害者中心の施策から対象拡大と転換が見られるようになる。そして、1995 年、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律が制定さ

---

<sup>16</sup> UN Division for Social Policy and Development Disability, World Programme of Action Concerning Disabled Persons, available at <https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/world-programme-of-action-concerning-disabled-persons.html> (last visited 2017/11/5).

<sup>17</sup> しかしながら、各国の実施状況は十分なものとは言えなかったため、次第に法的拘束力のある障害者差別撤廃条約の必要が意識され始め、1987 年にイタリア、1989 年にスウェーデンが条約の提案を行った。ただし、その時はいずれも否決されている。

<sup>18</sup> 外務省「障害者問題を巡る国際的な動き（年表）」平成 27 年 3 月 20 日

（[http://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr\\_ha/page22\\_000897.html](http://www.mofa.go.jp/mofaj/fp/hr_ha/page22_000897.html), 2017/11/5 最終閲覧）。

<sup>19</sup> 第 159 号条約では、「障害者」を「正当に認定された身体的又は精神的障害のため、適当な職業に就き、これを継続し及びその職業において向上する見通しが相当に減少している者をいう」と定義している（1 条）。第 99 号勧告の定義（前掲注 10）との相違は、「職業において向上する」（advancing）見通しが含まれたこと、また、身体的または精神的障害が「正当に認定された」（duly recognized）ものという限定がついたことである。日本においては、障害者の訳語が「身体障害者」から「障害者」と変更され、第 99 号勧告が「職業リハビリテーション（障害者）勧告」と称されるようになり、第 159 号条約の批准に向けた取組みの中で、ILO の定義に沿った訳に修正された。

<sup>20</sup> 手塚 直樹・前掲注 14, 121-123 頁。

<sup>21</sup> 『厚生白書 平成 5 年版』「第 1 編第 2 部第 1 章第 4 節 5 精神障害者に関する施策」（厚労省 白書等データベース）。

れたこと（精神保健法から改称）により、精神障害者保健福祉手帳制度の創設など精神保健と精神障害者福祉を総合的に実施していくための制度が整えられた。

### （3）政策対象の拡大と政策の変化（1990 年代後半～2000 年前半）－法定雇用率の引上げと雇用促進施策の多様化－

1995 年頃より、総合的な計画ではなく、より具体的な目標や達成目標数値を挙げた計画が策定されるようになっていく<sup>22</sup>。施策の実現に本格的に取り組む姿勢がみられ、そして、雇用継続のための定着支援策が講じられるのが、この時期の特徴である。国際的にも、2001 年にメキシコが障害者の人権を保護するための条約制定のための特別委員会（Ad-Hoc Committee）の設置を国連総会で求め、2002 年に第 1 回目の特別委員会の会合が開催されるなど、条約制定に向け活発に議論された時期である<sup>23</sup>。

1995 年に日本では「障害者プラン—ノーマライゼーション 7 カ年戦略—」が策定され、その中で、知的障害者の雇用を促進し、その職業の安定を図る観点から、知的障害者の雇用を義務づけるよう求められた。そこで、1997 年の促進法の改正で、知的障害者の雇用義務化に伴い、知的障害者を含めた法定雇用率の見直しが行われた（1998 年 7 月施行）。その他の主要な改正点は、特例子会社の認定要件の緩和と、知的障害者の雇用を進める上で職業生活を安定させるための地域支援体制を推進する障害者雇用支援センターの設立要件の緩和<sup>24</sup>である。

2002 年の改正では、精神障害者を雇用支援の対象として明確にするため、精神障害者の定義が同法に定められた。しかし、精神障害者の雇用義務化に関しては時期尚早ということで見送られ、精神障害者の雇用促進を講ずることが盛り込まれた<sup>25</sup>。さらに、2002 年の改正には、経済不況による深刻な労働環境の中で、トライアル雇用、職場適応援助者（ジョブコーチ）、各種助成金等の活用、職業訓練の実施などが導入された。そして、同年に策定された「重点施策実施 5 か年計画（2003 年度～2007 年度）」では、「雇用・就業の確保」として「トライアル雇用、ジョブコーチ、各種助成金等の活用、職業訓練の実施などにより 2007 年度までにハローワークの年間障害者就職件数を 30,000 人に、2008 年度の障害者雇用実態調査において雇用障害者数を 600,000 人にすることを目指す<sup>26</sup>」とする数値目標も

<sup>22</sup> 京極 高宜「新障害者プランと支援費制度」社会福祉研究 87 号（2003）29 頁。

<sup>23</sup> UN Division for Social Policy and Development Disability, 10th anniversary of the adoption of Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), available at <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/the-10th-anniversary-of-the-adoption-of-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities-crpdc-rpd-10.html> (last visited 2017/11/5).

<sup>24</sup> 設置主体に社会福祉法人を加えるなどその指定要件が緩和された。

<sup>25</sup> 『平成 14 年版 厚生労働白書』「第 2 部第 9 章第 1 節 3 障害者の雇用の促進等に関する法律の改正」（厚労省 白書データベース）。

<sup>26</sup> 障害者施策推進本部決定「重点施策実施 5 か年計画」（平成 14 年 12 月 24 日）。

盛り込まれている。2000 年前半は雇用の促進だけではなく、雇用の定着を支援する制度が開始され、2004 年には障害者基本法の改正により差別禁止規定も設けられた（3 条 3 項）<sup>27</sup>。雇用率制度に関連して、障害者雇用の促進と維持を目的として各種制度が設けられるなど、制度の広がりが見られ始めた時期である。

#### （4）政策の転換期（2005 年頃～2010 年頃）－福祉的雇用から一般就労への移行の促進、雇用率制度の対象事業者の拡大－

2006 年 12 月に国連で障害者権利条約及び選択議定書の最終案が採択され、人権条約として初めて障害に基づく差別禁止の明文規定を持った条約が成立した。日本は、2007 年に同条約に署名している。この時期は、福祉的就労から一般雇用への移行支援等、障害者雇用施策の充実強化による障害者の職業機会の拡大と就労による自立を目指して政策が展開された時期であり、また条約批准に向けた取組も本格的に実施されている。

2005 年の促進法改正では、精神障害者の雇用義務化に向けた第一歩として、精神障害者を雇用した場合も実雇用率に算定できることとなった<sup>28</sup>。また、精神障害者に関しては、その障害の特性を勘案し、短時間労働（週 20 時間以上 30 時間未満）も 0.5 人にカウントされることになった。その他、多様な就労機会の創出として、在宅就業障害者に仕事を発注する事業者に対して、特例調整金・特例報奨金を支給する在宅就業障害者支援制度が創設され、グループ就労訓練助成金制度やジョブコーチ助成金（職場適応援助者助成金）の創設など、各種助成金制度（促進法 49 条 1 項 2 号）の拡充も行われた。

2007 年には、可能な限り就労による自立・生活の向上が図られるよう福祉・雇用両面にわたる支援を行う「『福祉から雇用へ』推進 5 ヶ年計画」が策定され、障害者雇用の具体的な目標数値として、2013 年度の障害者雇用実態調査において雇用障害者数を 64 万人にすること、2008 年から 2012 年度までにハローワークから 24 万人の障害者の就職を実現すること、2011 年度までに年間 9 千人の障害者を福祉施策から一般雇用に移行させることが挙げられた。また、2007 年には、最低賃金法が改正され、障害者を一律に最低賃金制度から除外する規定が削除され、労働能力その他の事情を考慮して、類似の業務に従事する労働者と比較してその減額割合を定めるように変更された<sup>29</sup>（2008 年 7 月施行）。

<sup>27</sup> 1990 年にアメリカで差別禁止法（ADA）が成立した影響を受けて、欧米諸国を中心に差別禁止法制の整備が進行する中（後掲注 261 参照）、日本にも障害を理由とした差別や権利利益を侵害する行為の禁止を定めた差別禁止規定が設けられた。

<sup>28</sup> これにより、実雇用率に算定される精神障害者の実雇用数が把握されることになり、精神障害者雇用の実態が一定程度把握できるようになった。

<sup>29</sup> 「精神又は身体の障害により著しく労働能力の低い者」の賃金を最低賃金以下で定める場合、都道府県労働局長の許可が要件となった。

2008 年の促進法改正では、「雇用率制度」と「納付金制度」の両方において対象が拡大され、短時間労働者でも障害者雇用率にカウントされるように制度の見直しが行われた（2010 年 7 月施行）。また、障害者雇用納付金制度を中小企業に適用拡大し、2010 年 7 月からは 201 人以上の従業員を雇用している中小企業に対する納付金制度の適用を開始し、段階的に猶予をなくし、2015 年には 101 人以上を対象を拡大していくことになった。一方、除外率制度<sup>30</sup>について、そもそも障害を理由として生じる障壁は一律のものではなく、個別性、多様性を持つものであり、特定業種ごとに一定の除外率を設けるという一律の取扱は不適當ではないかという議論があり、段階的に除外率の廃止や縮小が行われることになった<sup>31</sup>。その他、中小企業が共同で障害者を雇用する仕組みとして、事業協同組合等を作り、共同で障害者を雇用する場合にも、障害者雇用率制度を適用できるようになった（2009 年 4 月施行）。

他方、福祉分野においては、2010 年 1 月 7 日、障害者自立支援法違憲訴訟の原告団・弁護団と厚生労働省が基本合意文書を取り交わし、「障害者自立支援法」を廃止して、「障害者総合福祉法（仮称）」を制定することが決まった<sup>32</sup>。基本合意文書の中では、障害者の現在の生活実態やニーズなどに十分配慮した上で、条約批准の実現のための国内法整備についても検討を行い、対応していくこととしている。

#### （5）条約批准と国内法整備（2010 年頃～現在）－条約批准に向けた法改正と差別禁止原則の導入－

この時期は、本格的に条約批准に向けた国内法整備が進められ、日本は条約批准に至った。

条約は、障害者に対し差別となる既存の法律、規則、慣習及び慣行を修正したり、変更したりするために各種措置を講ずることを締約国に義務づけている（4 条 1 項 b 号）。また、障害に基づくあらゆる差別を禁止し、いかなる理由による差別に対しても平等かつ効果的な法的保護を障害者に保障しなければならないとしている（条約 5 条 2 項）。雇用率制度の存続は積極的差別是正措置として条約の趣旨に反するものではないが、しかし、条約に批准するためには、日本において、合理的配慮規定や障害を理由とする差別の禁止、障害を持つ人への平等な権利を保障する国内法整備が必要となった。

<sup>30</sup> 一律の雇用率を適用することになじまない性質の職務もあることから、障害者の就業が一般的に困難であると認められる業種について、雇用する労働者数を計算する際に、除外率に相当する労働者数を控除する制度（障害者の雇用義務の軽減）が設けられている。

<sup>31</sup> 竹中 康之「障害者の雇用支援対策の現状と課題」労旬 1586 号（2004）8 頁。

<sup>32</sup> 厚労省「障害者自立支援法違憲訴訟に係る基本合意について」2010 年 1 月 7 日

（<http://www.mhlw.go.jp/bunya/shougaihoken/jiritsushienhou/2010/01/100107-1.html>, 2015/11/17 最終閲覧）。新たな福祉制度の構築に当たっては、現行の介護保険制度との統合を前提とはせず、少なくとも市町村民税非課税世帯には利用者負担をさせない等応益負担制度の廃止と、障害福祉施策の充実は、憲法等に基づく障害者の基本的人権の行使を支援するものであることを基本とすることを明記した。



2011年には、障害者虐待防止法が成立し<sup>33</sup>、さらに、条約批准に向けた国内法整備の一環として、障害者基本法の目的（1条）、障害の定義（2条）及び差別禁止規定（4条<sup>34</sup>）が見直され、改正障害者基本法が同年8月5日に公布・施行（一部を除く）された<sup>35</sup>。

改正障害者基本法では、同法の目的として、「全ての国民が、障害の有無にかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえない個人として尊重されるものであるとの理念にのっとり、全ての国民が、障害の有無によつて分け隔てられることなく、相互に人格と個性を尊重し合いながら共生する社会を実現する」（1条）と明記されている。障害の定義（2条）では、発達障害を含むことが明記され、さらに、社会的障壁について「障害がある者にとって日常生活または社会生活を営む上で障壁となるような社会における事物、制度、慣行、観念その他一切のものをいう」（同条2項）と定義された。

また、同法4条1項では、障害を理由として、障害者を差別することその他の権利利益を侵害する行為をしてはならないと定められた。さらに、同条2項で、社会的障壁の除去の実施について、その実施が過重の負担となる場合を除き、それを怠ることにより障害に基づく差別及び権利侵害を禁止した同条1項に違反することにならないよう、必要かつ合理的な配慮がされなければならないことが規定された。国内法で初めて、障害を理由とする差別禁止規定と合理的配慮の提供義務が導入された。さらに、同法では、社会的障壁の除去のため必要かつ合理的な配慮が提供を怠ることで、同条1項の差別禁止規定の違反となり得るとされた。

2013年には、障害者基本法の基本的な理念にのっとり、同法4条の規定を具体化する法律として、障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律（以下、「解消法」という。）が成立した（2016年4月より施行）<sup>36</sup>。日本は、あらゆる分野を対象とした障害差別禁止法を作るのではなく、雇用分野については促進法、雇用分野以外のあらゆる分野については解消法が扱うこととされ（解消法13条<sup>37</sup>）、2つの法律で棲み分けがなされている。

---

<sup>33</sup> 2011年6月17日成立、同6月24日公布、2012年10月1日施行。虐待防止法に関しては、児童虐待防止法が2000年、高齢者虐待防止法が2005年に成立している。

<sup>34</sup> 2004年の改正で設けられた差別禁止規定（3条2項、3項）は削除され、2011年改正では4条に新たな差別禁止規定が設けられた。

<sup>35</sup> 改正障害者基本法は、2011年8月5日に公布、一部施行され、2012年5月21日に全面施行された。

<sup>36</sup> 2013年4月26日の閣議決定によって、法案が国会に上程された。衆議院では、5月29日に内閣委員会（衆内閣委）で可決、5月31日に本会議で可決された。参議院では、6月18日に内閣委員会（参内閣委）で可決、6月19日に本会議で可決されて、原案のまま成立した。

<sup>37</sup> 解消法13条「行政機関等及び事業者が事業主としての立場で労働者に対して行う障害を理由とする差別を解消するための措置については、障害者の雇用の促進等に関する法律（昭和三十五年法律第二百二十三号）の定めるところによる。」

解消法は、障害者基本法と同様に、いわゆる「障害の社会モデル<sup>38</sup>」の考え方を踏まえた障害者の定義（「身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。）その他の心身の機能の障害（以下「障害」と総称する。）がある者であって、障害及び社会的障壁により継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態にあるものをいう（同法 2 条 1 号）」）を採用しており、そのため同法が対象とする障害者は、いわゆる障害者手帳の所持者に限られない<sup>39</sup>。

解消法では、行政機関等に対し、障害者から現に社会的障壁の除去を必要としている旨の意思の表明があった場合において、その実施に伴う負担が過重でないときは、障害者の権利利益を侵害することとならないよう、当該障害者の性別、年齢及び障害の状態に応じて、社会的障壁の除去の実施について必要かつ合理的な配慮をすることを義務づけている（同法 7 条 2 項）<sup>40</sup>。ちなみに、事前的措置として、行政機関等及び事業者の両方に対し、自ら設置する施設の構造の改善及び設備の整備、関係職員に対する研修その他の必要な環境の整備を努力義務としている（同法 5 条）。

2013 年の促進法改正でも、障害を理由とする差別的取扱いの禁止、合理的配慮の提供義務が定められ、条約批准に向けた対応が行われた（2016 年 4 月 1 日施行）。主な改正点は、差別禁止規定及び合理的配慮の提供義務が定められたこと、障害者基本法の障害者の定義と整合性をとるため、2 条 1 号の障害者の定義が見直されたこと、精神障害者の雇用義務化（2018 年 4 月 1 日施行）が定められたことである。また、差別禁止規定及び合理的配慮の提供義務にかかる苦情処理や個別労働関係紛争解決に関する規定も設けられた（促進法 74 条の 4～76 条の 7）。

以上のような国内法整備が行われ、日本は条約に批准した（2014 年 1 月 20 日に批准書提出、同年 2 月 19 日に効力発生）。

## （6）小括

これまでの障害者雇用政策の中心は、障害者の雇用枠を一定数確保する雇用率制度であった。障害者雇用を義務化した 1976 年より、実際に障害者を雇用している事業者と雇用していない事業者間の経済的不均衡を調整する目的で、法定雇用率未達成の事業者には障害者雇用納付金を課し（促進法 53 条 2 項）、法定雇用率を上回る人数の障害者を雇用している事業者には障害者雇用調整金を支払う納付金制度が運用されている<sup>41</sup>。さらに、2005 年の促進法改正以降、障害者介助等助成金、重度障害者等通勤対

<sup>38</sup> 「障害の社会モデル」（social model of disability）とは、『障害の問題』は障害者をとりまく社会に起因すると考える立場」と説明されている（川島 聡「国際人権法における差別禁止」松本 健男ほか編『これからの人権保障』（有信堂，2007）233-234 頁）。

<sup>39</sup> 閣議決定「障害を理由とする差別の解消の推進に関する基本方針」（以下、「解消法基本方針」という。）3 頁（平成 27 年 2 月 24 日）。

<sup>40</sup> 解消法基本方針・同上，7 頁。

<sup>41</sup> 雇用率制度の概要は、次節「促進法に基づく雇用率制度の概要」を参照。

策助成金など各種助成金制度が拡充されるなど、一定の雇用率を維持するための制度も導入されている<sup>42</sup>。

促進法以外では、2007年の最低賃金法改正により、障害者に不利益をもたらす規定が改正されたこと、2011年の障害者虐待防止法の成立により、虐待が障害者の尊厳を害するものであり、障害者に対する虐待の禁止が定められ、虐待の防止が障害者の自立及び社会参加にとって極めて重要であるとされた（同法1条）。さらに、2011年の障害者基本法改正では、2004年の改正で定められた差別禁止規定を改め、同法の目的として障害を持つ人も持たない人も基本的人権が尊重されることを明記したことは、障害を人権問題として捉える上で大きな前進である。また、この障害者基本法の差別禁止規定を実現するための法律として解消法と改正促進法が2013年に成立し、障害を持つ人への差別を禁止する法律が成立したことは、日本の障害者政策全般において大きな転換点となっている。

日本では、障害や年齢、非正規雇用等の問題については、それぞれ社会政策として対応する雇用政策アプローチを採用し、人権保障から要請される差別禁止の問題と捉える差別禁止アプローチを選択してこなかったとされる<sup>43</sup>。実際に、雇用枠を確保する結果の平等だけでは、障害を持つ人々の労働の権利を保障するという観点に根ざした雇用支援としては不十分であり、採用、配置、昇進、賃金、身分保証などにおける均等な機会が、他の者との平等を基礎として法的に与えられているとはいい難かった<sup>44</sup>。

徐々に日本でも、労働権を保障する差別禁止規定の必要性が認識され、法制化されてきた。たとえば、年齢差別に関しては、雇用対策法10条での部分的規制、非正規雇用に関しては、短時間労働者の雇用管理の改善等に関する法律8条で、通常の労働者の待遇との不合理な相違の禁止、さらに同法9条で、通常の労働者と同視すべき短時間労働者に対する差別的取扱いが禁止されている<sup>45</sup>。障害を理由とする雇用差別に関しても、その要請が高まり、その結果、2013年の促進法の改正（2016年4月施行）で、行政機関等及び事業主に対して障害者への不当な差別的取扱いを禁止する規定が新たに設けられ、同時に、行政機関等及び事業者に対して合理的配慮の提供を義務づけた。

## 2. 促進法に基づく雇用率制度の概要

本節では、日本のこれまでの障害者雇用政策の中心的役割を担ってきた雇用率制度を概観する。前節では、雇用率制度を発展させる形で促進法の改正がなされてきたことを確認した。雇用率制度とは、事

<sup>42</sup>（独）高齢・障害・求職者雇用支援機構「障害者雇用納付金制度に基づく各種助成金の内容」（<http://www.jeed.or.jp/disability/employer/subsidy/sub01.html>, 2018/1/26 最終閲覧）。

<sup>43</sup> 荒木 尚志『労働法』（有斐閣、2009）79頁。

<sup>44</sup> 竹中 康之（2004）・前掲注31, 11-12頁。

<sup>45</sup> 2014年のパートタイム労働法の改正（2015年4月施行）で、短時間労働者の待遇の原則（8条）が新設され、雇用する短時間労働者の待遇と正社員の待遇を相違させる場合は、その相違が、職務の内容、人材活用の仕組み、その他の事情を考慮して、不合理と認められるものであってはならないと規定されている。

業主等に一定の割合で障害者を雇用する義務を課し、障害者の就業の機会を確保するための制度である。また、雇用義務を満たさない場合には、未達成割合に応じて納付金を課す納付金制度等も設けられている。

#### (1) 雇用率制度の対象となる障害者

促進法が成立した当初は、同法は、身体障害者のみを対象としたものであった。その後、雇用義務の対象が、身体障害者から知的障害者へ広がり（1997年改正）、そして2013年改正から精神障害者に拡大された（2018年4月1日施行）。

2013年改正前までは、同法38条1項で、国及び地方公共団体に対して、また43条1項で、50人以上（同法施行規則7条）の常用労働者を雇用する事業者に対して、法定障害者雇用率を雇用労働者の数に乗じて得た数以上（その数に一人未満の端数があるときは、その端数は、切り捨て）の身体障害者または知的障害者の雇用を義務づけていた。精神障害者を雇用した場合は、身体障害者または知的障害者である労働者とみなして雇用労働者数の算定に含めることができる（同法71条2項）。

2013年改正で、同法38条1項及び43条1項の雇用義務の対象が「身体障害者または知的障害者」から「対象労働者」と改められ、精神障害者もみなしではなく、雇用義務の対象に含まれることになった（2018年4月1日施行）。ただし、「対象障害者」とは、「身体障害者、知的障害者または精神障害者（精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（昭和二十五年法律第百二十三号）第四十五条第二項の規定により精神障害者保健福祉手帳の交付を受けているものに限る。第三節及び第七十九条を除き、以下同じ。）をいう」（同法37条2項）とされ、手帳のない者は、雇用義務の対象とならない。

身体障害者とは、「身体障害がある者であって別表に掲げる障害があるもの」（促進法2条2号）とされ、視覚障害、聴覚障害、肢体不自由、内部障害で、障害と認められる状態を定めた当該別表を見ると、身体障害者福祉法に基づき手帳を交付される障害者の定義と同じものが使用されている。重度身体障害者（同法2条3号）については、同法施行規則の別表第1で、視覚障害、聴覚障害、肢体不自由、内部障害で、重度障害と認められる状態が定められている。内部障害は、「心臓、じん臓又は呼吸器の機能の障害その他政令で定める障害で、永続し、かつ、日常生活が著しい制限を受ける程度であると認められるもの」（同法別表5号）とされ、「政令で定める障害」には、「ぼうこう又は直腸の機能の障害、小腸の機能の障害、ヒト免疫不全ウイルスによる免疫の機能の障害、肝臓の機能の障害」が該当する（同法施行令27条）<sup>46</sup>。

<sup>46</sup> 内部障害に関しては、身体障害者福祉法と同じく、特定の臓器の機能障害を持つ場合にのみ、促進法の「身体障害者」に該当する。身体障害者福祉法における内部障害（同法政令36条）は、心臓・呼吸器（1967年）、じん臓（1972年）、ぼうこう・直腸（1984年）、小腸（1986年）、ヒト免疫不全ウイルスによる免疫機能障害（1998年）、肝臓（2010年）（括弧内は身体障害者福祉法においてその内部障害として設定された年次）と臓器ごとに対象範囲を決定している（手塚 直樹・前掲注14, 211頁、長瀬

次に、知的障害者とは、促進法 2 条 4 号において、「障害者のうち、知的障害がある者であつて厚生労働省令で定めるものをいう」とされ、同法施行規則で、知的障害者判定機関<sup>47</sup>により知的障害があることを認定された者（1 条の 2）とされている。重度知的障害者（法 2 条 5 号）も同じく知的障害者判定機関により知的障害が重いと判断された者である（同法施行規則 1 条の 3）。

また、精神障害者について、促進法 2 条 6 号では、精神障害がある者で、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（以下、「精神保健福祉法」という。）により精神障害者保健福祉手帳の交付を受けている者<sup>48</sup>、統合失調症、躁うつ病、てんかんにかかっている者であつて症状が安定し、就労が可能な状態にある者（同法施行規則 1 条の 4）とされている。雇用率の対象となる「対象障害者」の定義では、「精神障害者保健福祉手帳の交付を受けているものに限る」とされており、2 条 6 号の定義に該当する者でも手帳の交付を受けていない者は、対象とはならない。なお、てんかん、薬物やアルコールによる急性中毒またはその依存症、高次脳機能障害、発達障害（自閉症、学習障害、注意欠陥多動性障害等）は、精神障害に含まれるとされ、精神障害者保健福祉手帳の対象となり得る<sup>49</sup>。

基本的には、身体障害者も知的障害者も、精神障害者と同様に、手帳（療育手帳を含む）を保持している者が対象となり、職業生活における困難さとは異なる基準で対象が定められている。雇用している障害者を雇用率にカウントする場合、重度身体障害者及び重度知的障害者については、1 人を雇用すると 2 人とカウントすることができ（同法 38 条 4 項、43 条 4 項）、また、短時間勤務（20 時間以上 30 時間未満）の場合は、その 1 人をもって 1 人とカウントすることができる（同法 38 条 5 項、43 条 5 項）。その他、重度ではない身体障害者、知的障害者、また、精神障害者を短時間勤務で雇用した場合、その 1 人をもって 0.5 人とカウントすることができる（同法 38 条 3 項、43 条 3 項、70 条 1 項、71 条 1 項）。

---

修「障害者制度改革の取組み」松井 彰彦ほか編著『障害を問い直す』（東洋経済新報社、2011）132 頁）。このように、臓器ベースで障害の認定が行われているために、それ以外の臓器の機能障害を有する人は、同じように環境との相互関係の中で不利益が生じるにも関わらず制度を利用できないという問題がある（川島 聡「障害者と国際人権法—『ディスアビリティ法学』の構築」芦田 健太郎ほか編『国際人権法の国際的実施』（信山社、2011）148-149 頁）。

<sup>47</sup> 促進法施行規則では、「児童相談所、知的障害者福祉法（昭和三十五年法律第三十七号）第九条第六項に規定する知的障害者更生相談所、精神保健及び精神障害者福祉に関する法律（昭和三十五年法律第二百二十三号。以下「精神保健福祉法」という。）第六条第一項に規定する精神保健福祉センター、精神保健指定医又は法第十九条の障害者職業センター」を「知的障害者判定機関」としている（1 条の 2）。

<sup>48</sup> 精神保健及び精神障害者福祉に関する法律 45 条に基づき手帳の交付を申請し、その交付を受けた者。「精神障害者」は、同法 5 条で「統合失調症、精神作用物質による急性中毒又はその依存症、知的障害、精神病質その他の精神疾患を有する者をいう。」と定義されている。

<sup>49</sup> 厚労省（みんなのメンタルヘルス総合サイト「精神障害者保健福祉手帳」

（[http://www.mhlw.go.jp/kokoro/support/3\\_06notebook.html](http://www.mhlw.go.jp/kokoro/support/3_06notebook.html), 2015/3/25 最終閲覧）。

## (2) 法定雇用率

法定障害者雇用率は、2018 年 4 月より引き上げられ、民間企業 2.2%（促進法政令 9 条），国，地方公共団体等 2.5%（同政令 2 条），都道府県等の教育委員会 2.4%（同政令 2 条）となっている。2013 年改正で、雇用されている精神障害者の数が増加し、その職域も広がりを見せているため、精神障害者を障害者雇用率の算定基礎に加えることが求められていると考え、算定基礎の見直しが盛り込まれた（2018 年 4 月 1 日施行）<sup>50</sup>。

2013 年改正前の法定障害者雇用率は、労働者（労働の意思及び能力を有するにもかかわらず、安定した職業に就くことができない状態にある者を含む。）の総数に対する身体障害者または知的障害者である労働者（労働の意思及び能力を有するにもかかわらず、安定した職業に就くことができない状態にある身体障害者及び知的障害者を含む。）の総数の割合を基準として設定されている（同法 43 条 2 項）。また、少なくとも 5 年ごとに、当該割合の推移を勘案して政令で定めるとされている（同法 43 条 2 項）。

2013 年改正から、法定障害者雇用率の算定に精神障害者も加わり、すべての労働者と失業者の総数に対する、身体障害者、知的障害者または精神障害者である労働者及び失業者の総数の割合で計算することになった。改正法施行後の 5 年間は猶予期間とされ、具体的な法定障害者雇用率の引上げ幅は、障害者の雇用状況や行政の支援状況等を踏まえ、労働政策審議会障害者雇用分科会で議論される。

2017 年に公表された集計結果によると、民間企業（50 人以上の企業規模）の実雇用率は、1.97%，法定雇用率を達成した企業の割合は、50.0%となり、雇用されている障害者数は 14 年連続で過去最高となっていることから、障害者雇用状況は着実に進展しているとされている<sup>51</sup>。

## (3) 納付金制度

2008 年改正により、「障害者雇用納付金制度」の対象事業主が拡大され、101 人を超える常用労働者を雇用する事業者が対象となっている（2015 年 4 月施行）。対象事業主は、雇用する障害者の数が、促進法で義務づけられた数に満たない場合、1 人下回るごとに障害者雇用納付金として現行では月額 5 万円を支払わなければならない（同法施行令 17 条）<sup>52</sup>。一方、雇用義務を上回る人数の障害者を雇用し

<sup>50</sup> 厚生労働省職業安定局高齢・障害者雇用対策部障害者雇用対策課「改正障害者雇用促進法の概要」季労 243 号（2013）3 頁。

<sup>51</sup> 厚労省「平成 29 年障害者雇用状況の集計結果」平成 29 年 12 月 12 日

（<https://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-11704000-Shokugyouanteikyokukoureisougai koyoutaisakubu-shougaisakoyoutaisakuka/0000187725.pdf>, 2018/07/16 最終閲覧）。

<sup>52</sup> 2015 年 4 月から 2020 年 3 月まで、常用労働者 100 人超 200 人以下の事業主は納付金が 4 万円に減額される。

ている事業者に対しては、納付金を財源として、1人上回るごとに月額2万7千円が障害者雇用調整金として支給される（同施行令15条）<sup>53</sup>。この納付金制度は、雇用率未達成であることの罰金的な性質のものでなく、実際に障害者を雇用している事業者と雇用していない事業者間の経済的不均衡を調整する目的のものとされている<sup>54</sup>。

#### （4）雇用率未達成企業への対応

雇用率未達成の状態が継続するのであれば、企業名を公表する制裁を受けることもある（同法47条）。実雇用率の低い企業に対しては、公共職業安定所長が雇入れ計画（3年間）を作成するよう命令を発出することができ（同法46条1項）、雇入れ計画の実施状況が悪い企業に対して、適正な実施を勧告することができる（同条6項）。さらに、雇用状況の改善が特に遅れている企業に対して、計画期間終了後に9ヵ月間の公表を前提とした特別指導を実施し、それでも雇用状況が改善しない企業に関しては、企業名の公表を行っている（同法47条）。

しかしながら、2003年以前は実質的な企業名の公表はなかった<sup>55</sup>。その後、雇用率未達成企業は半数近く存在する中で、企業名が公表されたのは、2003年度、2004年度で1社、2005年度、2006年度は2社、2007年度3社、2008年度4社、2009年度7社、2010年度6社、2011年度3社、2012年度、2013年度は公表なし、2014年度8社、2015年度公表なし、2016年度2社、2017年度公表なしと少数にとどまっている<sup>56</sup>。公表制度は制裁的な役割ではなく、雇用率達成に向けた指導の一環としての役割が強い。

<sup>53</sup> 雇用調整金の他、在宅就業障害者又は在宅就業支援団体（促進法74条の3）に仕事を発注した事業主に対して、特例調整金を支給している（同法74条の2）。

<sup>54</sup> 西村 健一郎・前掲注12, 75頁。

<sup>55</sup> 障害団体関係者や弁護士等が、厚労省の東京、名古屋、及び大阪の各労働局に対し、障害者雇入れ計画の実施状況報告書と雇用率未達成企業一覧の全面開示を、情報公開法に基づき請求した。しかし、各労働局長は、ほとんどの部分を不開示とする決定をしたため、本件不開示決定につき、行政不服審査法に基づく審査請求の異議申立てが行われ、情報公開審査会は2002年11月22日付で、「雇用率未達成企業一覧につき、障害種別の一部を除いて企業名などは開示すべきこと、また、障害者雇入れ計画の実施状況報告書については、企業名以外の雇入れを予定する障害者の数、雇用の状況及び計画の実施状況は開示すべきである」と、全面的開示に近い開示の答申を行ない、厚生労働大臣も、同年12月9日付で、上記と同じ裁決を行なった。その結果、2003年9月に東京及び大阪労働局が2000年度法定雇用率未達成企業の社名と雇用率などを記載した障害者雇用状況報告書を開示した（竹中 康之・前掲注31, 6頁、障害者インターナショナル（DPI）日本会議「これまでの経緯」（[http://dpi.cocolog-nifty.com/vooo/99koyouritsu\\_2.html](http://dpi.cocolog-nifty.com/vooo/99koyouritsu_2.html), 2017/11/14 最終閲覧））。

<sup>56</sup> 厚労省職業安定局雇用開発部「平成29年度 障害者の雇用の促進等に関する法律に基づく企業名公表等について」2018年3月30日（<https://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/0000201348.html>, 2018/07/16 最終閲覧）。

#### (5) 雇用促進のための仕組み

その他、障害者雇用を促進するための取組みとして、特例子会社制度（同法 44 条、45 条）や各種助成金制度（同法 49 条）が設けられている。特例子会社制度は、障害者にとって働きやすい職場環境を整備する等して、事業主が障害者の雇用に特別の配慮をした子会社を設立し、一定の要件を満たす場合には、特例としてその子会社に雇用されている労働者を親会社に雇用されているものとみなして、実雇用率にカウントできる仕組みである。各種助成金制度とは、障害者の雇入れ、雇用継続に必要な施設または設備の設置または整備に要する費用を助成する制度であり（同条 49 条 2 号）、労働者の福祉の増進に寄与することを目的としている（同条 3 号）。たとえば、介助、その他雇用の安定を図るために必要な業務を行う者を置くこと（同条 4 号ロ）、職場適応援助者による援助（同条 4 号の 2）、通勤を容易にするための措置（同条 5 号）、教育訓練（同条 7 号）等への助成が定められている。

#### (6) 雇用率制度の課題

雇用率制度の対象となる障害者は、いわゆる障害者手帳と同じ障害認定システムを機会的に取り込んでいるといえる<sup>57</sup>。雇用率制度の対象が、直接税の免除を受ける個人、生活保護の障害者加算の対象者、公共交通機関の料金優遇の対象者と同じというのは厳密さを欠き、法の目的とそれを実現する法の適用対象のずれを生じさせる<sup>58</sup>。精神障害者も、手帳を有している者に限り、障害者雇用義務の対象に含まれることになったが、実際のところ、手帳を実際に取得している精神障害者の割合は高くないため、多くの者が、同制度の適用対象から除外されてしまうという問題が生じ得る<sup>59</sup>。精神障害を含めると、およそ国民の 6%が何らかの障害を有しているとされ<sup>60</sup>、制度の受益者の範囲については引き続き検討する必要がある。

他方、法定雇用率達成義務に違反しても何の罰則も存在しないため、2003 年に未達成企業の公表が行われる以前は、雇用率達成よりも納付金の納付を選ぶ傾向があったとされている<sup>61</sup>。障害者の雇用にあたっては、一般の民間企業において障害者でない者を中心に職務の編成や設備、施設などが考えられているため、障害を持つ人にも職務の遂行が可能となる職務・職場を作り出すための措置を行う必要がある。そのため、障害者雇用に不熱心な事業者の中には、障害者を雇った場合にかかる費用と雇わない

<sup>57</sup> 永野 仁美「障害者雇用政策の動向と課題」労研 646 号（2014）8-9 頁。促進法とは、その目的が異なるのであるから、促進法独自の障害認定の在り方を検討する必要があるが指摘されている。

<sup>58</sup> 中川 純「障害者雇用促進法の差別禁止条項における「障害者」の概念」季労 243 号（2013）13 頁。

<sup>59</sup> 永野 仁美（2014）・前掲注 57, 12 頁。

<sup>60</sup> 内閣府『平成 27 年版障害者白書』（2015）33 頁。6%というのは、延べ人数での合計数を基にして算出されており、障害を複数合わせ持つ者もいるため注意が必要である。

<sup>61</sup> 西村 豁通・能塚 正義「身体障害者の雇用問題と伝統産業（2）」経済学論叢 28 巻 5・6 号 186 頁。



場合に支払う納付金の額を天秤にかけて納付金を支払う方を選択する者もいることが、納付金制度の限界として挙げられている<sup>62</sup>。

### 3. 障害者権利条約における合理的配慮

2006 年 12 月、国連で障害者権利条約が成立し、2007 年に日本は同条約に署名した。その後、条約批准に向けた国内法整備が進められ、差別禁止や合理的配慮規定を国内法に落とし込む作業が行われた。本節では、日本の手本となった条約の合理的配慮の枠組みを確認する。

条約では、合理的配慮（Reasonable Accommodation）は「障害者が他の者と平等にすべての人権及び基本的自由を享有し、または行使することを確保するための必要かつ適当な変更及び調整であって、特定の場合において必要とされるものであり、かつ、均衡を失したまたは過度の負担（disproportionate or undue hardship）を課さないものをいう」（2 条）と定義されている。この構造から、合理的配慮は適切な変更、個別の必要、非過重な負担の 3 要素からなり、「過重な負担のない適切な個別変更」を意味するとされる<sup>63</sup>。

当初、作業部会（Working Group）が作成した草案（UN Doc. A/AC.265/2004/WG/1<sup>64</sup>）では、「不釣り合いな負担を課さない限りにおいて、あらゆる人権及び基本的自由を平等な立場で（on an equal footing）障害を持つ人が享受または行使することを保障するために必要かつ適切な修正及び変更（necessary and appropriate modification and adjustments）」（7 条 4 項）とされ、「個別の必要」を表す文言は取り入れられていなかった<sup>65</sup>。そこで、EU から、合理的配慮は個々人によって異なる「個別化された概念」であることを示す文言が必要という提案があり<sup>66</sup>、第 4 回の作業部会で、「特定の場合において（where needed in a particular case）」を追加した定義が示された<sup>67</sup>。

<sup>62</sup> 長瀬修＝川島聡編著『障害者の権利条約—国連作業部会草案—』（明石書店、2004）14 頁。

<sup>63</sup> 条約 2 条で定義されている合理的配慮は、次の 3 つの要素から説明される。合理的配慮とは、第 1 に、障害者によるすべての人権及び基本的自由の平等な享有と行使を確保するために行われる「必要かつ適当な変更及び調整」であり、第 2 に、事案ごとに障害者の個別具体的なニーズにあわせて「特定の場合に必要」とされるもの、第 3 に、変更及び調整を行う側に対して「不釣り合いな又は過重な負担を課すものではない」とされている（川島 聡「合理的配慮と欧州人権条約」法時 1081 号（2015）56 頁、「合理的配慮」に関する研究・前掲注 2、38 頁参照）。

<sup>64</sup> UN General Assembly, Report of the Working Group to the Ad Hoc Committee, 27 Jan. 2004, available at <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/ahcwgreport.pdf> (last visited 2017/11/07).

<sup>65</sup> 全般的には、何が「合理的配慮」に該当するかを決定するプロセスで、（個人の特定の配慮ニーズを意識して対処すべきという意味で）個別化されたものであるべきということは合意されていたとされる（草案・同上、14 頁（脚注 27））。

<sup>66</sup> See the EU comment of "ARTICLE 7: EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION", Daily summary of discussion at the fourth session 25 August 2004, Afternoon Session. 日本語訳参考、「合理的配慮」に関する研究・前掲注 2、36 頁。

<sup>67</sup> UN Enable, "Report of the Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities on its

雇用分野に関しては、締約国に、障害者（雇用の過程で障害を有することとなった者を含む。）の権利が実現されることを保障、促進する適切な措置を取ることが求められている（27 条 1 項）。当該措置には、「職場において合理的配慮が障害者に提供されることを確保すること」（同条 1 項 i 号）が含まれている<sup>68</sup>。また、障害者の労働する権利について、「締約国は、障害者に対し、他の者との平等を基礎として、労働への権利を認める。この権利には、障害者に解放され（open）、障害者を包容し（inclusive）、かつ、障害者に利用しやすい（accessible）労働市場及び労働環境において、障害者が自由に選択しまたは引き受けた労働を通じて生計を立てる機会を享受する権利である」と定められている（同条 1 項）。

条約では、「障害者」を、長期的に身体的、精神的、知的または感覚的な機能障害があり、「様々な障壁との相互作用により他の者との平等を基礎として社会に完全かつ効果的に参加することを妨げ得るものを有する者を含む」（1 条）と定義しており、合理的配慮が提供される対象も、この定義に該当する者と解される。なお、条約では、「障害が発展する概念であることを認め、また、障害は、機能障害を有する者とこれらの者に対する態度及び環境による障壁との間の相互作用であって、これらの者が他の者との平等を基礎として社会に完全かつ効果的に参加することを妨げるものによって生ずる」（前文（e））とされている。このことから、条約は障害者の社会的に排除され、不利な取扱いを受ける等の問題の原因と責任を基本的に社会の側に求める「障害の社会モデル」を採用しているとされる<sup>69</sup>。

条約では、合理的配慮を誰が提供するのかに関して明示的に示されていない。締約国に対して、合理的配慮を受ける障害者の権利を確保することを義務づけている（5 条 3 項、27 条 1 項 i 号）。また、均衡を失したまたは過度の負担を課すものは、合理的配慮に含まれない（2 条）とされているものの、条約の中には「均衡を逸したまたは過度の負担」の定義やその判断要件の提示がなされていない。

---

fourth session” (UN Doc. A/59/360). 同時期に、「平等な立場で (on an equal footing)」という文言も、「他の者との平等を基礎にして (on a basis of equality with others)」に変更された。

<sup>68</sup> 条約 27 条 1 項では、障害者の労働についての権利の実現を保証し、促進するために、締約国には同項 a 号から k 号の規定のための立法措置を含む適当な措置を講じることが求められている。具体的には、障害に基づく差別の禁止、公正かつ良好な労働条件および苦情に対する救済といった障害を持つ人の権利の保護、ポジティブ・アクション、職場における合理的配慮の提供などにより、労働への権利を確保しようとする規定である。

<sup>69</sup> 山田耕造「障害者権利条約とわが国の障害者の一般雇用施策関係法の問題点と課題」労旬 1696 号（2009）7 頁、注 6。「障害を環境・社会との関わりでとらえる試みは、WHO が 1980 年に発表した「国際障害分類」(International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps) に始まるが、今日では、2011 年 5 月の WHO 総会で承認された「国際生活機能分類」(International Classification of Functioning, Disability and Health) が、国際的に共通した障害のとらえ方となっている。」

厚労省「国際生活機能分類－国際障害分類改訂版－」平成 14 年 8 月 5 日

([http://www.jil.go.jp/jil/kisya/syaengo/20020805\\_01\\_sye/20020805\\_01\\_sye\\_bessi.html](http://www.jil.go.jp/jil/kisya/syaengo/20020805_01_sye/20020805_01_sye_bessi.html), 2018/02/12 最終閲覧)。

「障害に基づく差別」は、「障害に基づくあらゆる区別、排除または制限であつて、政治的、経済的、社会的、文化的、市民的その他のあらゆる分野において、他の者との平等を基礎として全ての人権及び基本的自由を認識し、享有し、または行使することを害し、または妨げる目的または効果を有するものをいう。障害に基づく差別には、あらゆる形態の差別（合理的配慮の否定を含む。）を含む。」と定義されている（2条）。条約では、合理的配慮の否定は、障害差別となることが明記されている。

#### 4. 促進法における差別禁止規定と合理的配慮

2013年に条約批准に向けた国内法整備が終了し、2014年、日本は条約に批准した。日本は、あらゆる分野を対象とした障害差別禁止法を作るのではなく、雇用分野については促進法、雇用分野以外のあらゆる分野については解消法という切り分けがなされた。本節では、促進法の下で規定された差別禁止と合理的配慮規定について扱う。その条文内容と行政解釈、さらに、先行研究等で指摘されている問題点についても取り上げる。

本節は、はじめに、法案成立までに、差別禁止規定、合理的配慮規定の日本法への導入に関して議論してきた組織とそれに伴う報告書や意見書などを紹介する。次に、2013年の促進法改正で導入された差別禁止と合理的配慮規定、さらに、それに伴い整備された紛争解決に関する規定なども含めて確認する。最後に、先行研究などで指摘されている差別禁止と合理的配慮規定に関する問題点を取り上げる。

##### （1） 差別禁止規定・合理的配慮規定の法制化に関する議論の経緯

条約批准に向けた法整備を行うため、複数の部会・研究会で、差別禁止及び合理的配慮について議論され、それぞれに成果物が出されている。本項では、解消法と改正促進法の具体的解釈を提示する指針等の作成までの、法制後の議論過程も含めて時系列で示す。

2009年に内閣府は「障がい者制度改革推進本部」を立ち上げ、2010年より障害を持つ人も構成員として参加する「障がい者制度改革推進会議」（以下、「推進会議」という。）が開催された<sup>70</sup>。2010年6月の閣議決定（「障がい者制度改革の推進のための基本的な方向について」）では、推進会議による「障害者制度改革の推進のための基本的な方向（第一次意見）」（2010年6月7日）を最大限に尊重し、条約の締結に必要な国内法整備のための障害者制度改革の推進を図ることとされた。そこで、障害を理由とする差別の禁止に関する法律の制定について、2013年通常国会への法案提出を目指し、労働・雇用分野については、2012年度内を目途にその結論を得ることとされた<sup>71</sup>。

<sup>70</sup> 閣議決定「障がい者制度改革推進本部の設置について」1頁（平成21年12月8日）。

<sup>71</sup> 閣議決定「障がい者制度改革の推進のための基本的な方向について」2-3頁（平成22年6月29日）。

2010 年 11 月には、推進会議の下で、障害を理由とする差別の禁止に関する法制の制定に向けた検討を効果的に行うための「障がい者制度改革推進会議差別禁止部会」が発足した<sup>72</sup>。その後、差別禁止部会では集中的な検討がなされ、21 回にわたる議論を踏まえた提言が 2012 年 7 月付けで取りまとめられた<sup>73</sup>。

また、同年 7 月、内閣府に、障害者基本計画の策定または変更に当たって調査審議や意見具申を行うとともに、計画の実施状況について監視や勧告を行うための機関として、「障害者政策委員会」（以下、「政策委員会」という。）が設置され（障害者基本法 11 条、32 条～35 条）、「障がい者制度改革推進会議」は廃止された<sup>74</sup>。これに伴い、差別の禁止に関する法制の在り方を検討する場も推進会議から政策委員会に移ることになり、政策委員会の下で、同名の「差別禁止部会」が設置された<sup>75</sup>。

推進会議の下で開催されてきた差別禁止部会における議論も踏まえ、2012 年 9 月 14 日には、政策委員会の差別禁止部会で取りまとめた「『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見」（以下、「部会意見」という。）が作成された<sup>76</sup>。

2012 年末の総選挙で、2009 年より障害者のための政策を積極的に推進してきた民主党政権から、自民党へと政権交代が行われたものの、与野党間の折衝・調整を経て、2013 年 4 月 26 日には解消法の閣議決定がなされた<sup>77</sup>。

2015 年 2 月には、解消法の幅広い分野にまたがる障害を理由とする差別について、政府全体の方針として基本方針が作成され、障害を理由とする差別の解消に向けた施策の基本的な方向や、対応要領や対応指針に盛り込むべき事項や作成に当たって留意すべき点、相談、紛争の防止・解決の仕組みや地域協議会などについての基本的な考え方が示された<sup>78</sup>。また、国の行政機関等が自らの職員に向けて示す対応要領、民間事業者に向けた対応指針を作成し、「不当な差別的取扱い」となる行為の具体例や

---

<sup>72</sup> 障がい者制度改革推進会議決定「障がい者制度改革推進会議差別禁止部会の開催について」1 頁（平成 22 年 11 月 1 日）。

<sup>73</sup> 差別禁止部会「『障害を理由とする差別の禁止に関する法律』の制定等に関する差別禁止部会の意見（部会三役の原案 1）」（平成 24 年 7 月 13 日（第 21 回））。

<sup>74</sup> 障がい者制度改革推進本部長決定「障がい者制度改革推進会議の廃止について」（平成 24 年 7 月 23 日）。障がい者制度改革推進会議の傘下にあった差別禁止部会と、政策委員会の差別禁止部会とは、異なる構成員で組織されているが、政策委員会も障害当事者を主要構成員とし、運営には各種配慮がなされている。

<sup>75</sup> 障害者政策委員会決定「差別禁止部会の設置について」（平成 24 年 7 月 23 日）。

<sup>76</sup> 障害者政策委員会差別禁止部会「『障害を理由とする差別の禁止に関する法制』についての差別禁止部会の意見」（平成 24 年 9 月 14 日）。

<sup>77</sup> 浅倉 むつ子「障害差別禁止立法の課題と展望」労旬 1794 号（2013）6-7 頁。

<sup>78</sup> 解消法基本方針・前掲注 39。基本方針の原案について、2014 年 11 月 26 日～12 月 25 日の期間でパブリックコメントの募集が行われた（内閣府「障害者差別解消法に基づく基本方針（原案）に関する意見募集について」平成 26 年 11 月（[http://www8.cao.go.jp/shougai/kihonhoushin\\_iken.html](http://www8.cao.go.jp/shougai/kihonhoushin_iken.html), 2017/11/08 最終閲覧））。

「合理的配慮」として考えられる望ましい事例が示されることになった<sup>79</sup>。また、法律制定から施行までの 3 年の間に、対応要領及び対応指針を作成、周知し、政府機関及び事業者が対策を講じることとされた<sup>80</sup>。

他方、促進法に関連する動きとしては、条約の締結に向けた環境整備を図るため、条約上の「職場における合理的配慮の提供」という新たな概念を取り入れるにあたり、どのような措置を講ずべきかについて考え方の整理を早急に開始する必要があるとして、2008 年から厚労省で「労働・雇用分野における障害者権利条約の対応の在り方に関する研究会<sup>81</sup>」（以下、「条約研究会①」という。）が開催されることになった<sup>82</sup>。職場における合理的配慮その他の対応の在り方について検討を行い、第 11 回の条約研究会①（2009 年 4 月 14 開催）で、「労働・雇用分野における障害者権利条約への対応について（中間整理）（案）<sup>83</sup>」が作成され、主な意見がまとめられた<sup>84</sup>。

これを受けて、労働政策審議会<sup>85</sup>障害者雇用分科会<sup>86</sup>（以下、「分科会」という。）では、2009 年 10 月から計 7 回の検討を行い、第 45 回（2010 年 4 月 27 日開催）で「労働・雇用分野における障害者権利条約への対応の在り方に関する中間的な取りまとめ<sup>87</sup>」が出されている。

その後、分科会の「中間的な取りまとめ」からさらに検討を進め、2012 年度内を目途に、労働・雇用分野における障害を理由とする差別の禁止、職場における合理的配慮の提供を確保するための措置、これらに関する労使間の紛争解決手続の整備等の具体的方策について結論を得ることを目標に、2011 年 11 月より、新たに「労働・雇用分野における障害者権利条約への対応の在り方に関する研究会」が開催されることになった（以下、「条約研究会②」という。）<sup>88</sup>。

<sup>79</sup> 2015 年 8 月 14 日より、内閣府は、対応要領及び対応指針について同年 9 月 12 日までパブリックコメントを募集している。各省庁からも対応要領及び対応指針の各案が取りまとめられ、パブリックコメントを募集した。対応要領、対応指針ともに内閣府 HP に掲載されている。

<sup>80</sup> 対応要領及び対応指針の作成と周知の他には、障害者差別解消支援地域協議会体制整備事業の実施、障害を理由とする差別の解消に向けた地域フォーラムの開催などが予定されている（内閣府「障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律についてのご質問と回答〈国民向け〉」4 頁（[http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/pdf/law\\_h25-65\\_qa\\_kokumin.pdf](http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/pdf/law_h25-65_qa_kokumin.pdf), 2018/1/26 最終閲覧））。

<sup>81</sup> 厚労省職業安定局「第 1 回労働・雇用分野における障害者権利条約への対応の在り方に関する研究会の開催について」（平成 20 年 3 月 28 日）。

<sup>82</sup> 条約研究会①「労働・雇用分野における障害者権利条約への対応の在り方に関する研究会開催要綱（案）」1 頁（平成 20 年 4 月 2 日（第 1 回））。

<sup>83</sup> 条約研究会①（資料 1）（平成 23 年 4 月 14 日（第 11 回））。

<sup>84</sup> 条約研究会①「研究会における主な意見」（資料 2）（平成 23 年 4 月 14 日（第 11 回））。

<sup>85</sup> 厚労省設置法 6 条 1 項に基づき設置された審議会。厚労大臣が任命する 30 名の委員（公益委員・労働者委員・使用者委員の各 10 名）で組織され、厚労大臣等の諮問に応じて、労働政策に関する重要事項の調査審議を行い、労働政策に関する重要事項について、厚労大臣等に意見を述べるができる。

<sup>86</sup> 労働政策審議会令 6 条に基づき設置された分科会。促進法及び施行令の規定により審議会の権限に属させられた事項を処理する（同条 2 号）。

<sup>87</sup> 分科会（資料 3）（平成 22 年 4 月 27 日（第 45 回））。

<sup>88</sup> 条約研究会②「労働・雇用分野における障害者権利条約への対応の在り方に関する研究会開催要

2012年8月には、同時に議論を進めてきた他の研究会（「障害者雇用促進制度における障害者の範囲等の在り方に関する研究会」（以下、「障害者範囲の在り方研究会」という。）及び「地域の就労支援の在り方に関する研究会」）それぞれの報告書がとりまとめられた<sup>89</sup>。これらの報告書の内容は、分科会に報告され、分科会でさらなる協議を行った結果、第58回の分科会（2013年3月14日）で「労働政策審議会障害者雇用分科会意見書（案）<sup>90</sup>」がまとめられ、厚生労働大臣に対し、今後の障害者雇用施策の充実強化について意見書が提出された（以下、「分科会意見書」という。）<sup>91</sup>。

次の第59回分科会（2013年3月21日）では、促進法の改正法案要綱等が承認された<sup>92</sup>。法案は、2013年4月19日に閣議決定を経て、第183回国会に提出された。その後、衆議院及び参議院における審議を経て、2013年6月13日に、全会一致で可決し、「障害者の雇用の促進等に関する法律の一部を改正する法律（平成25年法律第46号）」が成立した。

改正促進法では、差別の禁止に関する指針及び均等な機会の確保等に関する指針（合理的配慮の提供の指針）を厚生労働大臣が定めることとされており（36条、36条の5）、両指針に盛り込むことが必要な事項に関し検討を行うため、2013年9月より「改正障害者雇用促進法に基づく差別禁止・合理的配慮の提供の指針の在り方に関する研究会」（以下、「指針研究会」という。）が開催されることになった<sup>93</sup>。指針研究会で検討した結果が、2014年6月6日に「改正障害者雇用促進法に基づく差別禁止・合理的配慮の提供の指針の在り方に関する研究会報告書」として取りまとめられ、これを受けて、分科会ではさらに議論を進め、「障害者に対する差別の禁止に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針（案）<sup>94</sup>」、「雇用の分野における障害者と障害者でない者との均等な機会若しくは待遇の確保または障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するために事業主が講ずべき措置に関する指針（案）<sup>95</sup>」が作成、承認された。両指針案についても、パブリックコメント（2014年12月26日から2015年1月24日まで）を経て、2015年3月25日に両

---

綱」（資料1-1）（平成23年11月30日（第1回））。

<sup>89</sup> 厚労省 職業安定局高齢・障害者雇用対策部障害者雇用対策課「今後の障害者雇用の在り方に関する3つの研究会の報告書が取りまとめられました～障害者雇用の更なる拡大と質の向上のために～」（平成24年8月3日）。

<sup>90</sup> 分科会（資料1）（平成25年3月14日（第58回））。

<sup>91</sup> 労働政策審議会「今後の障害者雇用施策の充実強化について（意見書）」（労審発第687号）（平成25年3月14日）。①障害者の権利に関する条約への対応、②障害者雇用促進制度における障害者の範囲等の見直し、③地域の就労支援の強化、にかかる分科会の意見をまとめたものである。

<sup>92</sup> 第59回分科会議事録（平成25年3月21日）

（<http://www.mhlw.go.jp/stf/shingi/2r98520000030x6m.html>, 2017/11/13 最終閲覧）。

<sup>93</sup> 指針研究会「改正障害者雇用促進法に基づく差別禁止・合理的配慮の提供の指針の在り方に関する研究会開催要綱」（資料1）（平成25年9月30日（第1回））。

<sup>94</sup> 厚生労働省発職雇 0302 第1号（平成27年3月2日）。

<sup>95</sup> 厚生労働省発職雇 0302 第2号（平成27年3月2日）。

指針の最終版が策定された（以下、正式に公表されたものを「差別指針<sup>96</sup>」，「配慮指針<sup>97</sup>」という）。

## （2） 促進法の下での差別禁止及び合理的配慮規定

日本では、雇用分野については解消法から切り出し、行政機関等及び事業者が事業主としての立場で労働者に対して行う障害を理由とする差別を解消するための措置については、促進法において定めることとなった（解消法 13 条）。そこで、2013 年の促進法改正で、差別禁止規定と合理的配慮の提供義務が導入され、もともと存在していた雇用促進策である障害者雇用義務と差別禁止法理が同じ法の下で規定されることになった<sup>98</sup>。そのため、2013 年の改正で法の目的に下記②が追加された。促進法 1 条では、次の措置を総合的に講じることで、障害者の職業の安定を図るとされている。①障害者の雇用義務等に基づく雇用の促進等のための措置、②雇用の分野における障害者と障害者でない者との均等な機会及び待遇の確保並びに障害者がその有する能力を有効に発揮することができるようにするための措置、③職業リハビリテーションの措置その他障害者がその能力に適合する職業に就くこと等を通じてその職業生活において自立することを促進するための措置である。すなわち、法の目的を達成する措置として、雇用義務等に基づく雇用の促進（①）と均等な機会及び待遇の確保並びに能力の有効な発揮（②）が並列に置かれることになった<sup>99</sup>。

ただし、それぞれの制度の対象となる者は異なり、雇用分野における差別禁止、合理的配慮の提供の対象となる者は、促進法 2 条 1 号に規定する障害者であるのに対し<sup>100</sup>、雇用率制度の対象となる障害者の範囲は、同法 37 条 2 項の対象障害者に限定されている（38 条、43 条）。

2013 年の改正により、促進法に、募集及び採用における均等な機会の提供（34 条）、賃金の決定や教育訓練の実施、福利厚生等における差別的取扱いの禁止（35 条）が規定されている。同時に、合理的

<sup>96</sup> 「障害者に対する差別の禁止に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針」（障害者差別禁止指針）（<http://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-11704000-Shokugyouanteikyokukoureishougaikoyoutaisakubu-shougaishakoyoutaisakuka/0000078975.pdf>, 2018/01/26 最終閲覧）。

<sup>97</sup> 「雇用の分野における障害者と障害者でない者との均等な機会若しくは待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するために事業主が講ずべき措置に関する指針」（合理的配慮指針）（<http://www.mhlw.go.jp/file/04-Houdouhappyou-11704000-Shokugyouanteikyokukoureishougaikoyoutaisakubu-shougaishakoyoutaisakuka/0000078976.pdf>, 2018/01/26 最終閲覧）。

<sup>98</sup> 山川 隆一ほか「今後の障害者雇用のあり方と企業の対応を考える」労務事情 1288 号（2015）21 頁。同じ法の中に雇用率制度と差別禁止という性質の異なる制度が含まれているという促進法の構造は、差別禁止や合理的配慮の解釈に影響を与え得る〔長谷川珠子発言〕。

<sup>99</sup> 障害者と障害者でない者との間の均等な機会及び待遇の確保を、本稿では、概念的に「雇用平等」が求められていると捉えて、「平等取扱いの確保」、「雇用平等の確保」という言葉も同義で用いる。

<sup>100</sup> 分科会意見書・前掲注 91，1 頁。促進法も解消法と同等の範囲を対象とすることが望ましいとされた。

配慮の提供義務も導入され、差別禁止規定と同じく、募集、採用時（36条の2）と採用後（36条の3）は別に規定されている。さらに、合理的配慮にかかる措置を講じるにあたって、同法36条の4で、事業主は、障害者の意向を十分に尊重しなければならないとされ（1項）、また、雇用する障害者である労働者からの相談に応じ、適切に対応するために必要な体制の整備その他の雇用管理上必要な措置を講じなければならないことが定められている（2項）。

また、差別禁止規定及び合理的配慮の提供義務が導入されたのと同時に、苦情処理・紛争解決援助に関する規定も設けられている。まず、事業主に対して、雇用する障害者からの差別禁止及び合理的配慮規定にかかる苦情を自主的に解決することを努力義務として課している（同法74条の4）。その他、厚生労働大臣は、必要があると認めるときには、事業主に対して、助言、指導または勧告をすることができる（同法36条の6）ことなど、紛争解決にかかる規定も設けられている。

以下、これらの規定に関して、これまでの議論と行政解釈を含めて、個別に確認する。

#### （ア）差別禁止及び合理的配慮の提供の対象となる者

改正促進法で定められた差別禁止規定及び合理的配慮提供義務の対象となる障害者及び事業主は、雇用率制度とは異なる。ここでは、特に対象となる障害者の範囲の決定において、どのような議論がなされたのかを確認する。

促進法の差別禁止規定等の対象となる「障害者」の範囲を検討するに当たっては、雇用率制度の対象よりも広く、事業主の義務づけとなることを踏まえ、対象となる者が明確であるとともに事業主にとって把握可能な者であることが求められるとされた<sup>101</sup>。その結果、雇用分野における差別禁止、合理的配慮の提供の対象となる障害者の範囲は、解消法と同等の範囲を対象とすることが望ましいとされ、促進法2条1号に規定する障害者とするのが適当とされた<sup>102</sup>。

2013年の促進法改正で、障害者基本法における障害者の定義との整合性の確保、対象の明確化の観点から、同法2条1号の障害者の定義は、「身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。第六号において同じ。）その他の心身の機能の障害（以下「障害」と総称する。）があるため、長期にわたり、職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難な者をいう」（下線部筆者）と改められている<sup>103</sup>。

<sup>101</sup> 分科会意見書・同上。発達障害者や精神障害、内部障害など外見から判断しづらい障害者については、事業主が判断に迷う場合、ハローワーク等の外部機関が支援を行うべきとされた。

<sup>102</sup> 分科会意見書・同上。

<sup>103</sup> 障害者雇用対策課・前掲注50、7頁。障害者総合支援法では、「難病等（治療方法が確立していない疾病その他の特殊の疾病であって政令で定めるものによる障害の程度が厚生労働大臣が定める程度である者）」（同法4条）を法の適用対象として含むことが明記されている。



このように、精神障害に発達障害が含まれることや、「その他の心身の機能の障害」の追加により、難病に起因する障害も対象となるとされたものの、実際の対象者は、改正前の促進法の対象範囲と大きく異ならないとされている<sup>104</sup>。障害者範囲の在り方研究会では、改正前の障害者の定義「身体障害、知的障害、精神障害（以下「障害」と総称する。）があるため、長期にわたり、職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難な者をいう」について、「医学的判断に加え、『長期にわたる職業生活上の相当の制限』を個別に判断しており、就労の困難さに視点を置いたものとなっていると評価できる<sup>105</sup>」とされていた。また、分科会でも、「障害者の範囲について見直しが必要な状況にはない」とされていた<sup>106</sup>。ちなみに、これまでも発達障害者や難病患者は、促進法の対象に含まれており、職業リハビリテーションやハローワークにおける職業相談・職業紹介は行われているとされてきた<sup>107</sup>。

改正後の障害者の定義の解釈については、「障害者の雇用の促進等に関する法律の一部を改正する法律の施行について<sup>108</sup>」（以下、「解釈通知」という。）で示されている。それによると、「心身の機能の障害」とは、あらゆる心身の機能の障害を意味し、障害者の要件である障害についてはその原因及び種類を問わないとされる（解釈通知第 1, 2(2)）。なお、「長期にわたり」とは、障害が長期にわたり、または永続することを意味し、病気などにより一時的に職業生活に制限を受ける者は法の対象となる障害者には当たらないこと、「職業生活に相当の制限を受け」とは、雇用・就業上の観点から、障害により職業生活が相当程度制限される状態を意味しており、就業可能な職域の範囲、就業の難易度等からみて障害の程度が軽く、就職等に当たってのハンディキャップとならないような者は該当しないこととされている。さらに、「職業生活を営むことが著しく困難な者」とは、制限の程度が極めて大きい状態を意味しており、重度の障害者についても対象から排除しないことを明らかにしている（同上）。これを受けて、解釈通知では、一例として「内部障害を有する者、難病に起因する障害を有する者、高次脳機能障害を有する者等」は、「その障害が長期にわたる又は永続するもの」で、かつ、「職業生活を相当程度制限する又は職業生活を営むことが著しく困難な場合」は、差別禁止等の対象となる障害者に含まれるとされている。

<sup>104</sup> 瀧澤 仁唱「障害者雇用促進制度における障害者範囲の見直し」労旬 1794 号（2013）20 頁、岩村正彦ほか「障害者権利条約の批准と国内法の新たな展開」論究ジュリ 8 号（2014）18 頁〔長谷川珠子発言〕。

<sup>105</sup> 障害者範囲の在り方研究会「障害者雇用促進制度における障害者の範囲等の在り方に関する研究会報告書」（平成 24 年 8 月 3 日）（以下、「障害者範囲の在り方研究会報告書」という。）3-4 頁。

<sup>106</sup> 分科会意見書・前掲注 91, 5 頁。

<sup>107</sup> 分科会意見書・同上。障害者範囲の在り方研究会報告書・前掲注 105, 13 頁。2009 年度からは、発達障害者や難病患者を新たに雇い入れ、雇用管理に関する事項を把握・報告する事業主に対して助成を行う「発達障害者・難治性疾患患者雇用開発助成金」が創設されている。

<sup>108</sup> 平成 27 年 6 月 16 日職発 0616 第 1 号。

他方、差別禁止等を義務づける事業主の範囲については、企業規模によって差を設けず、すべての事業主が対象となっている（差別指針第2、解釈通知第2、2(1)）。派遣労働の取扱いについて、派遣先事業主は現行の労働者派遣法に基づく責任を負いつつ、当面、派遣元事業主に障害を理由とする差別の禁止及び合理的配慮の提供義務を課することが適当であるとされた<sup>109</sup>。派遣労働者の扱いについては、「障害者雇用促進法に基づく障害者差別禁止・合理的配慮に関する Q&A【第二版】」（以下、「Q&A 第二版」という。）においても同様の見解が提示されている<sup>110</sup>。

#### （イ）雇用分野における差別禁止

促進法で禁止する「障害者であることを理由とする差別」は、労働能力等を適正に評価することなく、単に「障害者だから」ということを理由として、不当な差別的取扱いをすることとされる（解釈通知第2、1ロ）。したがって、合理的配慮を提供した上で障害者である労働者の労働能力等を適正に評価した結果として、労働能力等が優れている者を優先することは、「障害者であることを理由として」に該当しない（同上）。禁止される「不当な差別的取扱い」とは、障害者であることを理由として雇用分野におけるあらゆる局面において、「障害者を排除すること」、「障害者に対して不利な条件を付すこと」、「障害者よりも障害者でない者を優先すること」とされている（解釈通知第2、1ハ）。一方、障害者を障害者のない者と比較して有利に取り扱うことは差別ではなく、障害者のみ対象として求人を行うことや合理的配慮に係る措置を講ずることは、「法違反とならない場合」（差別指針第3、14）に該当する（解釈通知第2、1ホ）。

促進法で禁止する差別は、障害者であることを理由とする「直接差別」をいい、いわゆる「間接差別」は禁止される差別に該当しないものとされている（差別指針第2）。事業主に差別意図のあるものとされている（解釈通知第2、2(2)ロ）。なお、車椅子、補助犬その他の支援器具等の利用、介助者の付添い等の社会的不利を補う手段の利用等を理由とする不当な不利益取扱いは、「直接差別」に含まれるとされている（差別指針第2、解釈通知第2、2(2)ロ）。

部会意見としては、差別類型として直接差別、間接差別、関連差別、合理的配慮の否定の4つを定義しており、また、雇用分野における不均等待遇についても具体的に示していた<sup>111</sup>。しかしながら、分科会では、基本的考え方として「差別禁止の範囲は、事業主に法的義務を課すものであることから、①事業主にとって何が禁止すべき差別に当たるのか明確であること、②男女雇用機会均等法の性差別禁止と

<sup>109</sup> 分科会意見書・前掲注91、1頁。

<sup>110</sup> Q&A 第二版22頁、Q.4-1-6。

<sup>111</sup> 部会意見・前掲注76、16-20、54-55頁。「一般的な採用選考の判断基準である応募者の能力や資質の有無等の要素だけで判断されれば、採用されてしかるべきであったところ、障害があるということによって採用拒否されたという場合には、不均等待遇に該当することになる。こうした場合を不均等待遇として禁止することは、法律による制限として、先の最高裁判決（三菱樹脂事件）にも矛盾しない。」

異なり、事業主に対して合理的配慮の提供義務が課されることとの関係に留意することが求められる<sup>112</sup>」とされ、間接差別について、「①どのようなものが間接差別に該当するのか明確でないこと、②直接差別に当たらない事案についても合理的配慮の提供で対応が図られると考えられることから、現段階では間接差別の禁止規定を設けることは困難である。将来的には、具体的な相談事例や裁判例の集積等を行った上で、間接差別の禁止規定を設ける必要性について検討を行う必要がある」とされた<sup>113</sup>。

#### ① 募集・採用における均等な機会の提供（促進法 34 条）

促進法 34 条で、「事業主は、労働者の募集及び採用について、障害者に対して、障害者でない者と均等な機会を与えなければならない」と規定されている。

指針研究会では、障害者は正社員ではなく、契約社員や嘱託社員でのみ採用するという募集が行われている事例を踏まえ、「募集または採用に当たって、障害者であることを理由に、その対象から障害者を排除することや、その条件を障害者に対してのみ不利なものとする」とが差別に該当すると記載されるのが適当とされた<sup>114</sup>。これを受けて、解釈通知では、労働者の募集・採用の対象から障害者を排除すること、募集または採用に当たって障害者に対してのみ不利な条件を付すこと、障害者でない者を優先することは、促進法 34 条の「障害者でない者と等しい機会を与えること」に反するものであり、禁止されるとしている（第 2, 1 イ）。また、促進法 34 条に基づき、業務遂行上特に必要でないにもかかわらず、障害者を排除するためにあえて条件を付している場合は、障害者であることを理由とする差別に該当するとされる（差別指針第 3, 1(3)）。ただし、募集の条件が業務遂行上必要なものと認められる場合には、障害者であることを理由とする差別に該当しない（同上）。さらに、障害者が合理的配慮の提供があれば当該条件を満たすと考える場合、障害者がその旨を事業主に説明することも重要であるとされている（同第 3, 1(4)）。ちなみに、募集及び採用については、一度退職した者を再び雇用する、いわゆる再雇用も含まれる（解釈通知第 2, 2(3)ロ）。

労働者の募集・採用については、その対象から単に障害者を排除することのほか、特定の障害種別の障害者を排除することについても法が禁止する差別に該当するが、法は障害者間の異なる取扱いを禁止するものではないため、障害者のみを対象として労働者を募集・採用する場合において障害種別を限定して募集を行うことは、法が禁止する差別には該当しないとされている（解釈通知第 2, 1 ホ）。

<sup>112</sup> 分科会意見書・前掲注 91, 1 頁。

<sup>113</sup> 分科会意見書・同上, 2 頁。

<sup>114</sup> 改正障害者雇用促進法に基づく差別禁止・合理的配慮の提供の指針の在り方に関する研究会「改正障害者雇用促進法に基づく差別禁止・合理的配慮の提供の指針の在り方に関する研究会報告書」2 頁（平成 26 年 6 月 6 日）。

## ② 賃金・配置・昇進・降格，その他における不利益取扱いの禁止（促進法 35 条）

促進法 35 条で「事業主は，賃金の決定，教育訓練の実施，福利厚生施設の利用その他の待遇について，労働者が障害者であることを理由として，障害者でない者と不当な差別的取扱いをしてはならない」と規定されている。そこで，差別指針では，賃金，配置，昇進，降格，教育訓練，福利厚生，職種の変更，雇用形態の変更，退職の勧奨，定年，解雇，労働契約の更新について，それぞれ促進法 35 条で禁止される行為を定め，障害であることを理由として排除すること，あるいは，対象を障害者のみとすること，または，障害者に対してのみ不利な条件を付すことを禁止している（差別指針第 3）。

配置に係る「一定の職務」とは，特定の部門や特定の地域の職務に限られるものではなく，労働者を配置しようとする職務一般をいうものとされる（差別指針第 3, 3(1)，解釈通知第 2, 2(5)へ）。「配置」には，採用に引き続いて行われるものと，配置転換により職務を変える場合のいずれも含まれ，さらに，出向や職場復帰，シフト変更による労働時間の変化なども含まれる（解釈通知第 2, 2(5)イ，ロ，ハ）<sup>115</sup>。「配置」において禁止される差別は，たとえば，「労働能力等に基づくことなく，単に障害者だからという理由で，特定の仕事を割り当てること（合理的配慮として，障害者本人の障害特性や労働能力，適性等を考慮して特定の仕事を割り当てる場合を除く。）」，「営業職への配置に当たって，障害者に対してのみ資格取得を条件とすること」，「営業職への配置の基準を満たす労働者が障害者を含めて複数いる場合に，障害者でない者から順番に営業職に配置すること」が含まれる（解釈通知第 2, 2(5)ト）。同様に，「職種の変更」（差別指針第 3, 8），雇用形態の変更（同第 3, 9）等において禁止される差別も，労働能力等に基づくことなく，単に障害者だからという理由で，障害者を排除すること，障害者にのみ不利な条件を付すこと等とされている。

## ③ 退職の勧奨，解雇，労働契約の更新における不利益取扱いの禁止（促進法 35 条）

促進法では，2013 年の改正前より，障害者を解雇する際には公共職業安定所長への届出が義務づけられている（同法 81 条）。ただし，雇止めや障害者の責めに帰すべき事由の場合は，届出の必要はない。届出の義務以外に，障害者である労働者の雇用終了に関して特別な規定はなく，一般労働法の下での解雇，雇止め規制が適用される。

促進法 35 条では，障害を理由とする解雇や雇止め，退職の勧奨について，障害者のみをその対象とするような不当な差別的取扱いを禁止している。障害者であることを理由として障害者を退職勧奨や解雇の対象にすることや労働契約の更新をしないことは禁止され（差別指針第 3, 10(2)イ, 12(2)イ, 13(2)イ），また，障害者にのみ不利な条件を付したり，障害者を優先して退職の勧奨，解雇したり（同第 3,

<sup>115</sup> また，派遣元事業主が，労働者派遣契約に基づき，その雇用する派遣労働者に係る労働者派遣をすることも配置に該当するとされている。

10(2)ハ,12(2)ハ) , 障害者でない者を優先して契約更新の対象とすることも禁止される (同第 3, 13(2)ハ)。

#### (ウ) 雇用分野における合理的配慮の提供

事業主は、募集及び採用における均等な機会を確保するための配慮 (36 条の 2) , 均等な待遇の確保のための配慮または職務遂行に必要な配慮 (36 条の 3) を過重な負担とならない範囲で提供しなければならない。ここでは、主に配慮指針と解釈通知で示されている合理的配慮の内容とその決定手続き、過重な負担の判断方法等を確認する。

雇用分野での合理的配慮は促進法 36 条の 2 から 36 条の 4 で規定され、合理的配慮の提供の対象となる障害者は、差別禁止の対象と同じく、同法 2 条 1 号に該当する者である。

配慮指針は、基本的な考え方 (第 2) , 合理的配慮の手続 (第 3) , 合理的配慮の内容 (第 4) , 過重な負担 (第 5) , 及び、相談体制の整備等 (第 6) で構成されている。さらに、合理的配慮の事例が別表に記載されている。

配慮指針で示されている合理的配慮の基本的な考え方としては、障害者と事業主との相互理解の中での提供されるべき性質のものであるとされ (第 2, 1) , 合理的配慮に係る措置が複数あるとき、話し合いの下、障害者の意向を十分尊重した上で、より提供しやすい措置を講ずることは差支えないとされている (第 2, 3) 。また、配慮の提供が過重な負担となる場合は、事業主は当該障害者との話し合いの下、その意向を十分に尊重した上で、過重な負担にならない範囲で合理的配慮に係る措置を講ずることとされている (同上) 。さらに、合理的配慮の提供が円滑になされるようにするという観点を踏まえ、事業主や同じ職場で働く者が障害の特性に関する正しい知識の取得や理解を深めることが重要であるとしている (第 2, 4) 。

#### ① 募集及び採用時の合理的配慮 (促進法 36 条の 2)

促進法 36 条の 2 で、「事業主は、労働者の募集及び採用について、障害者と障害者でない者との均等な機会の確保の支障となつている事情を改善するため、労働者の募集及び採用に当たり障害者からの申出により当該障害者の障害の特性に配慮した必要な措置を講じなければならない。ただし、事業主に対して過重な負担を及ぼすこととなるときは、この限りでない」と規定されている。これを受けて、配慮指針では、募集及び採用時の合理的配慮を、「障害者と障害者でない者との均等な機会の確保の支障となつている事情を改善するために講ずる障害者の障害の特性に配慮した必要な措置」と位置づけている (第 4, 1(1)) 。この「均等な機会の支障となつている事情」とは、視覚障害により通常の書面のみの筆記試験に支障があることや、聴覚障害により口頭による面接試験に支障があることなど、障害者が障害者でない者と均等な機会を享受する上で、障害があることにより支障となつている事情を指すとされている (解釈通知第 3, 1 イ) 。

手続き的には、募集及び採用時の合理的配慮では「障害者からの申出」が必要とされる。ただし、障害者が具体的に申し出ることが困難な場合は、支障となっている事情を明らかにすることで足りるとされる（配慮指針第 3, 1(1)）。この申出を契機に、事業主には「障害の特性に配慮した必要な措置」を講じる義務が生じ、募集、採用時の合理的配慮に係る手続が開始される（同第 3, 1(2)）。申出を受けた事業主は、どのような措置を講ずるかについて障害者と話し合いを行い（同第 3, 1(2)）、障害者の意向を十分に尊重した上で、過重な負担とならない範囲で、合理的配慮に係る措置を講じなければならない（同第 3, 1(3)）。事業主が、話し合いを踏まえ、講ずるとした措置及び障害者の希望する具体的な措置を過重な負担に当たると判断した際は、当該措置を実施できないことを障害者に伝え、障害者からの求めに応じ、当該措置を実施できない理由を説明することが求められる（同上）。募集及び採用時の事例は、採用後の事例とともに別表にて提示されている。

## ② 採用後の合理的配慮（促進法 36 条の 3）

採用後の配慮は、36 条の 3 で「事業主は、障害者である労働者について、障害者でない労働者との均等な待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となつてい事情を改善するため、その雇用する障害者である労働者の障害の特性に配慮した職務の円滑な遂行に必要な施設の整備、援助を行う者の配置その他の必要な措置を講じなければならない。ただし、事業主に対して過重な負担を及ぼすこととなるときは、この限りでない」と規定されている。これを受けて、配慮指針では、採用後における合理的配慮を「障害者である労働者について、障害者でない労働者との均等な待遇を確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となつてい事情を改善するために講ずるその障害者である労働者の障害の特性に配慮した職務の円滑な遂行に必要な施設の整備、援助を行う者の配置その他の必要な措置」と位置づけられている（第 4, 1(2)）。

「均等な待遇の確保の支障となつてい事情」とは、障害者である労働者が、障害があることにより、障害者でない労働者と同様の待遇を享受する上で支障となつてい事情をいい、また、「能力の有効な発揮の支障となつてい事情」とは、障害者である労働者が、障害があることにより、職務を遂行する上で支障となつてい事情を指すとされる（解釈通知第 3, 1 二）。このように、募集、採用時の合理的配慮（36 条の 2）とは異なり、機会均等や待遇といった観点だけではなく、「能力の有効な発揮」が含まれている。

また、手続きの面でも、採用後の合理的配慮は、「障害者からの申出」を求めている点で、募集、採用時とは異なる。事業主が、当該労働者が障害者であることを知った時点から開始される（配慮指針第 3, 2(1)）。採用後の合理的配慮については、雇入れ時までに労働者が障害者であることを把握している場合には、事業主が雇入れ時までに当該障害者に対して職場において支障となつてい事情の有無を確認することになる（同上）。雇入れ時までに把握できなかった場合は、障害者であることを把握した

際に（同第 3, 2(1)イ），中途障害者等，雇入れ時に障害者でなかった場合は，障害者となったことを把握した際に（同第 3, 2(1)ロ），遅滞なく，職場において支障となっている事情の有無を事業主は確認しなければならない。ただし，障害者であることを知り得なかった場合には，合理的配慮の提供義務違反を問われない（同第 2, 3）。さらに，障害の状態や職場の状況が変化することもあるため，必要に応じて定期的に事業主は職場において支障となっている事情の有無を確認することとされている<sup>116</sup>。

合理的配慮の提供が必要であることを確認した場合，事業主は，「障害の特性に配慮した職務の円滑な遂行に必要な施設の設備，援助を行う者の配置その他の必要な措置」を講じなければならない。なお，その内容については，「個々の状況に応じて異なるものであり，事業主と個々の障害者である労働者の話し合いによって決められるものであること」（解釈通知第 3, 2(4)イ）とされる。ただし，採用後の合理的配慮は，「職務の円滑な遂行に必要な措置」であることから，日常生活のために必要である眼鏡や車椅子等の提供は事業主に求められないことが明記されている（配慮指針第 4, 1(2)イ）。なお，中途障害によって配慮をしても重要な職務遂行に支障を来すと判断される場合に，職務遂行を継続させることは，事業主に求められていないが，別の職務に就かせるなど配慮を検討する必要があるとしている（同第 4, 1(2)ロ）。

講ずべき合理的配慮の内容について，事業主は，障害者である労働者と話し合い（同第 3, 2(2)），その話し合いを踏まえて，その意向を十分に尊重しつつ，どのような措置を講ずるかを検討することになる（同第 3, 2(3)）。当該措置の実施に一定の時間がかかる場合，あるいは，過重の負担となると判断した場合は，その旨を当該障害者に伝えなければならない（同第 3, 2(3)）。障害者が希望する合理的配慮に係る措置が過重な負担であったとき，事業主は，障害者との話し合いの下，その意向を十分に尊重した上で，過重な負担にならない範囲で，合理的配慮に係る措置を講じなければならない（同上）。さらに，障害者の意向を確認することが困難な場合，就労支援機関の職員等に当該障害者を補佐することを求めても差し支えないとされている（同第 3, 3）。別表には，視覚障害，聴覚障害，肢体不自由，内部障害，知的障害，精神障害，発達障害，難病に起因する障害，高次脳機能障害の障害種別ごとに合理的配慮の事例が示されている。たとえば，種別によらず共通して，「出退勤時刻・休暇・休憩に関し，通院・体調に配慮すること」，「本人のプライバシーに配慮した上で，他の労働者に対し，障害の内容や必要な配慮等を説明する」ことを配慮の一例として示している。しかしながら，障害種別ごとの事例数は，募集・採用時で各 1～2 事例，採用後で 4～6 事例と少なく，別表は多くの事業主が対応できると考

---

<sup>116</sup> 「定期的」がどれほどの期間かは示されていない。個々の障害者の障害の状態や職場の状況の変化といった必要に応じて，一定の期間ごとに確認する機会を設けることが想定されている。例えば，契約更新や健康診断に合わせて確認することが考えられるほか，障害の状態が悪化した場合，障害者本人または上司の異動など職場の状況が変化した場合に確認することも考えられるとされている（解釈通知第 3, 2(3)ハ）。

えられる措置を記載したもので、あくまでも例示であるとされる。また、合理的配慮は個々の障害者である労働者の障害の状態や職場の状況に応じて提供されるものであるため、多様性かつ個別性が高いものであることから、別表記載の事例は、必ずしも実施しなければならないものでもなく、事例以外でも合理的配慮に該当するものがあるとされている（同第 4, 2）。

### ③ 過重な負担

募集、採用時の合理的配慮（36 条の 2）及び採用後の合理的配慮（36 条の 3）では、「ただし、事業主に対して過重な負担を及ぼすこととなるときは、この限りでない」と規定されており、「過重な負担」は合理的配慮の提供義務の消極的要件となっている。促進法では、過重な負担となるか否かの判断をするための考慮要素に関する定義はなく、配慮指針で示されている。配慮指針では、事業活動への影響の程度、実現困難度、費用・負担の程度、企業の規模、企業の財務状況、公的支援の有無の 6 点が挙げられ、これらを総合的に勘案しながら個別に判断することとされている（配慮指針第 5）。また、過重な負担に当たると判断した場合であっても、当該措置の実施ができないことを障害者に伝え、求めに応じて、当該措置が過重な負担に当たると判断した理由を説明することが求められる（同第 5, 2）。また、過重な負担にならない範囲で当該障害者の意向を十分に尊重した措置を講じることが求められる（同上）。

仮に、複数の障害者から合理的配慮に関する要望があった場合には、配慮にかかる費用・負担の程度について、それらの複数の障害者に係る措置に要する費用・負担も勘案して判断することができる（解釈通知第 3, 2(5)ロ）。過重な負担の基準設定については、附帯決議でも「その水準が本法の趣旨を不当に歪めることのない合理的な範囲で設定されるべきである」とし、合理的配慮の提供に対する財政的支援措置の在り方についても検討することを要請している<sup>117</sup>。

### ④ 合理的配慮に係る相談体制の在り方について（促進法 36 条の 4, 2 項他）

促進法 36 条の 4 で、事業主は、雇用する障害者である労働者からの相談に応じ、適切に対応するために必要な体制の整備その他の雇用管理上必要な措置を講じなければならないことが定められている（2 項）。解釈通知では、「障害者である労働者からの相談に応じ、適切に対応するために必要な体制の整備その他の雇用管理上必要な措置を挙げたものであり、これらについては、企業の規模や職場の状況の如何を問わず講じなければならないもの」としている（解釈通知第 3, 2(6)）。

配慮指針では、合理的配慮の提供に係る相談体制の整備等について、事業者はあらかじめ相談窓口を設け、労働者に周知することが求められる（配慮指針第 6, 1(1)）。また、相談窓口は、実質的な対応が可能で、かつ、障害者である労働者が利用しやすいようにしておくことが求められる（解釈通知第 3,

---

<sup>117</sup> 参議院厚生労働委員会「障害者の雇用の促進等に関する法律の一部を改正する法律案に対する附帯決議」（平成 25 年 5 月 30 日）。



2(6)ニ、ホ)。そして、採用後における合理的配慮に関する相談があったときの適切な対応として、職場において支障となっている事情の有無を迅速に確認すること、及び、そうした事情が確認された場合、合理的配慮の手続を適切に行うこととされている（配慮指針第 6, 2）。

合理的配慮に係る相談の情報は、相談者のプライバシーに属するものであることから、「相談者のプライバシーを保護するために必要な措置を講ずるとともに、当該措置を講じていることについて、労働者に周知すること（配慮指針第 6, 3）」とされている。

ちなみに、合理的配慮に係る相談体制の整備等について、「障害者である労働者の疑義の解消や苦情の自主的な解決に資するものであることに留意すること」（同第 6, 5）とされており、これは、「紛争の発生を予防するという相談体制の整備等が有する役割を補足説明したもの」とされる（解釈通知第 3, 2(6)へ）。

#### （エ）苦情処理・紛争解決援助について（36 条の 6、74 条の 4 から 74 条の 8）

ここでは、差別禁止規定及び合理的配慮の提供義務が促進法に導入されたことにより、新たに設けられた苦情処理及び紛争解決援助などの仕組みを確認する。これらが設けられた背景には、条約が、労働条件や苦情に対する救済の仕組みを障害者に保障することを求めている（条約 27 条 1 項(b)）ことがある<sup>118</sup>。

まず、厚生労働大臣は、必要があると認めるときには、事業主に対して、助言、指導または勧告をすることができる（36 条の 6）。解釈通知によると、「本条の厚生労働大臣の権限は、労働者からの申立て、第三者からの情報、職権等その端緒を問わず、必要に応じて行使し得るもの」とされ、また、「必要があると認めるとき」とは、差別禁止及び合理的配慮の提供に係る事業主に課された義務の遂行を促すことが促進法 34 条、35 条及び 36 条の 2 から 36 条の 4 までの規定の目的に照らし必要であると認められるとき等をいうとされている（解釈通知第 4(2)ロ）。

次に、事業主に対し、障害者に対する差別や合理的配慮の提供に係る事項について、雇用する障害者から苦情の申出を受けたときは、自主的な解決を図ることを努力義務として課している（促進法 74 条の 4）。同条は、苦情の申出を受けたときは、事業主を代表する者及び当該事業所の労働者を代表する者を構成員とする当該事業所の労働者の苦情を処理するための機関（苦情処理機関）に対し、当該苦情の処理を委ねる等で、自主的な解決をすることとしている。なお、障害者である労働者と事業主の間の差別禁止及び合理的配慮の提供義務に係る紛争について、個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律の適用（同法 74 条の 5<sup>119</sup>）、都道府県労働局長による助言、指導、勧告（74 条の 6）、紛争調整委員

<sup>118</sup> 永野 仁美（2014）・前掲注 57, 8 頁。

<sup>119</sup> 促進法 74 条の 5「第三十四条、第三十五条、第三十六条の二及び第三十六条の三に定める事項についての障害者である労働者と事業主との間の紛争については、個別労働関係紛争の解決の促進に関する

会による調停や勧告等（74条の7）が定められている。つまり、差別や合理的配慮に係る苦情について自主的な解決がなされない場合には、都道府県労働局長による助言・指導・勧告等、もしくは、個別紛争調整委員会による調停、調停案の作成、受諾勧告によって、解決が図られることとされている<sup>120</sup>。

### （3） 促進法の差別禁止規定及び合理的配慮義務に関する課題

2013年の促進法改正により、新たに差別禁止及び合理的配慮の提供義務が組み込まれたことで、雇用率制度による量的側面の改善に加え、質的側面での改善がなされていくことが期待されている<sup>121</sup>。本項では、促進法の差別禁止と合理的配慮規定について、先行研究において、どのように評価され、どのような点が課題として取り上げられているのかについて触れる。なお、本稿のテーマである合理的配慮に関しては、ここでは簡単に課題を記載するにとどめ、詳細は本稿独自の問題提起と共に後述する<sup>122</sup>。

#### （ア） 差別禁止及び合理的配慮の提供義務の対象者について

促進法の差別禁止及び合理的配慮の対象は、同法2条1号に該当する障害者が適当であるとされた。雇用義務の対象となる「対象障害者」は、同法37条2項で別に規定しているものの、差別禁止や合理的配慮義務の対象者について、改めて定義を設けるのではなく、法2条1号が用いられることになった。

##### ① 条文の定義について

改正法の検討段階では、促進法の2条1号の改正前の定義について、機能障害の種類と程度ではなく、「長期にわたる職業生活上の相当の制限」を個別に判断しており、すでに「本来対象とすべき者が障害者とされていると評価できる」とされた<sup>123</sup>。したがって、対象の範囲を広げるというよりも、障害者基本法の改正を踏まえた表現にするべきという意見を受けて、対象の曖昧さを排除する観点から、対象の明確化等についての法制的な検討、見直しが行われた<sup>124</sup>。その結果、改正促進法2条1号では、「身体障害、知的障害、精神障害（発達障害を含む。第六号において同じ。）その他の心身の機能の障害（以下「障害」と総称する。）があるため、長期にわたり、職業生活に相当の制限を受け、又は職業生活を営むことが著しく困難な者をいう」と定義された。これを受けて、これまでも発達障害者や難病

---

法律（平成十三年法律第百十二号）第四条、第五条及び第十二条から第十九条までの規定は適用せず、次条から第七十四条の八までに定めるところによる。」

<sup>120</sup> 促進法の差別禁止や合理的配慮に関するものについては、個別労働関係紛争の解決の促進に関する法律の特例が設けられた（厚労省「障害者の雇用の促進等に関する法律の一部を改正する法律の概要」（平成25年法律第46号）3頁）。

<sup>121</sup> 永野 仁美（2014）・前掲注 57, 12 頁。

<sup>122</sup> 次章「2（2）本稿の合理的配慮にかかる研究の視点」を参照。

<sup>123</sup> 分科会意見書・前掲注 91, 5 頁、障害者範囲の在り方研究会報告書・前掲注 105, 3 頁。

<sup>124</sup> 分科会意見書・同上。

患者等は、促進法の対象に含まれると解されてきたが、改めてそのことが明確になった（解釈通知第 1, 2(2)）。

しかしながら、障害者基本法の定義との整合性という意味では、促進法の定義には、「社会的障壁」が含まれておらず、職業生活を送る上での社会的障壁による影響を明文化していないという点で相違が生じている<sup>125</sup>。促進法では、長期的な機能障害による影響だけに着目して障害者性を判定するという制限が加えられている<sup>126</sup>。

## ② 差別禁止及び合理的配慮義務が規定された趣旨・目的に沿った対象かどうか

法 2 条 1 号の定義において、「職業生活を営むことが著しく困難な者」とは、重度の障害者についても対象から排除しないことを明らかにしたものである一方で、「職業生活に相当の制限を受け」とは、雇用・就業上の観点から、障害により職業生活が相当程度制限される状態を意味しており、就業へのハンディキャップが軽い者は含まれないとされる（解釈通知第 1, 2(2)）。同様に、「長期にわたり」とは、「障害が長期にわたり、又は永続することを意味し、病気などにより一時的に職業生活に制限を受ける者は法の対象となる障害者には当たらない」（同上）とされる。

このことから、促進法では、職業生活への制限、就労へのハンディキャップの原因を長期にわたる機能障害にのみ求めていると解釈される<sup>127</sup>。機能障害を有していない場合には、2 条 1 号の「障害者」に該当しないため、周囲の視線や言葉、偏見や先入観などによって、差別被害を受けたとしてもその救済の対象とはならず、また、そのような不利益を除去するための合理的配慮も受けることができない<sup>128</sup>。さらに、過去には障害を有していたとしても、現在は職業生活を制限する障害がない場合は、障害のあった経歴が原因で不利益な取扱いを受けたとしても、この解釈には該当しない<sup>129</sup>。

差別禁止の重要な目的は、差別の防止・解決であることから、その実現には、対象となる障害者の概念を広く捉えることが必要である<sup>130</sup>。したがって、法施策の目的や、本来必要な個人に差別禁止や合理的配慮の効果が得られるかどうかといった観点から、適切な対象者の範囲を考えると、促進法 2 条 1 号

<sup>125</sup> 障害者基本法の定義は、「「継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける状態」（生活制限）の原因を機能障害と社会的障壁の両方に求めているという意味で、社会モデルの形式的側面を採用している」と評されている（川島 聡＝菊池 馨実「障害法の基本概念」菊池 馨実ほか編著・前掲注 15, 12 頁）。

<sup>126</sup> 長谷川 聡＝長谷川 珠子「障害と差別禁止法」菊池 馨実ほか編著・前掲注 15, 128 頁。

<sup>127</sup> 西倉 実季「対象者の拡大可能性」川島 聡ほか『合理的配慮——対話を開く、対話が拓く』（有斐閣, 2016）148-150 頁。さらに、合理的配慮の対象者に関しても、インペアメントはもたないけれども社会的排除にさらされている人々にまでその範囲を広げていく重要性が論じられている（154-155 頁）。

<sup>128</sup> 西倉 実季・同上, 148-149 頁。

<sup>129</sup> 永野 仁美ほか編『詳説 障害者雇用促進法』（弘文堂, 2016）162, 169 頁。

<sup>130</sup> 長谷川 珠子「差別禁止法における「障害」（disability）の定義」季労 225 号（2009）48 頁。

の定義を広く解釈しても、上述したような問題がある<sup>131</sup>。むしろ、その施策の目的にあった対象範囲を雇用義務、差別禁止、合理的配慮、職業リハビリテーションごとに設定する必要がある<sup>132</sup>。

### ③ 障害者手帳を有していない場合の判断

促進法 2 条 1 号の「心身の機能の障害」とは、あらゆる心身の機能の障害を意味し、障害者の要件である障害についてはその原因及び種類を問わないとされている（解釈通知第 1, 2(2)）。しかしながら、どのような疾患が該当するのか、その機能障害の程度はどのくらいかという判断基準は明確になっていない<sup>133</sup>。

「長期にわたる職業生活上の相当の制限」も、どのような情報を参考にし、どのような基準で判断しているかは明らかになっておらず、結局のところ、医師の診断書・意見書等が重視される傾向が否めないという指摘がある<sup>134</sup>。実務上の問題として、ハローワークでさえ、法の適用対象か否かを個別に判断する基準を有していないにもかかわらず、事業者の側で、障害者手帳を持たない障害者をどのように判断していくのかという課題が残されている<sup>135</sup>。

結局のところ、同法 2 条 1 号に該当するかどうかを判断できず、手帳の有無による判断がなされてしまうことが懸念されている<sup>136</sup>。実際に、障害者手帳を所持しない発達障害者、難治性疾患患者等のその他の障害者について、対象範囲が明確ではないこと、対象を決める上で公正性、一律性が担保されていないとされる。これを受けて、職業生活上の困難さを把握し、判断するための研究の必要性が指摘されている<sup>137</sup>。障害者手帳を所持しない発達障害者、難治性疾患患者等については、法の対象となるか否かの判断の難しさに加え、企業が雇用できる一定の環境が整っていない状態であり、雇用環境の改善や就労支援の体制を進めていくことが必要とされている<sup>138</sup>。

#### (イ) 権利保障について

差別禁止規定と合理的配慮の提供義務の導入に伴い、その実効性の確保に向けて、苦情の自主的解決（促進法 74 条の 4）、紛争解決援助（同法 74 条の 5 から 74 条の 8）がある。また、裁判所を通じた紛争解決も考えられる。条約では、条約の実施を促進し、保護し、及び監視するための枠組みを自国内において維持し、強化し、指定し、又は設置することを求めており（条約 33 条 2 項）、その監視の過程には、特に障害者及び障害者を代表する団体が、十分に関与し、参加することを要請している（同条 3 項）。

<sup>131</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 251-252 頁。

<sup>132</sup> 永野 仁美ほか編・同上。

<sup>133</sup> 永野 仁美ほか編・同上, 156 頁。

<sup>134</sup> 永野 仁美ほか編・同上。

<sup>135</sup> 永野 仁美 (2014)・前掲注 57, 8-9 頁。

<sup>136</sup> 岩村 正彦ほか・前掲注 104, 18 頁 [長谷川珠子発言]。

<sup>137</sup> 分科会意見書・前掲注 91, 7 頁。

<sup>138</sup> 障害者範囲の在り方研究会報告書・前掲注 105, 9 頁。

促進法の下では、実効性確保のために、事業主の自主的な解決努力（促進法 74 条の 4）、都道府県労働局長による助言、勧告、指導（同法 74 条の 6、1 項）、個別労働関係紛争解決促進法に基づく紛争調整委員会による調停の実施（同法 74 条の 7、1 項）が定められている。これらの仕組みは、男女雇用機会均等法、育児介護休業法などで用いられる仕組みと基本的に同じであり、障害者に対する差別に関して特別な実効性確保の枠組みを設けていない<sup>139</sup>。しかし、障害概念の多様性、合理的配慮の内容の特定といった問題に十分に既存の制度で対応できるか否かは、検証する必要がある<sup>140</sup>。

これらの紛争解決の仕組みによって解決に至らない場合には、訴訟に至ることも考えられる。障害者差別や合理的配慮義務の不履行に関して救済を求める場合、促進法に民事的な請求権や各規定に対応する障害者の権利規定が定められていないため、民法の信義則（民法 1 条 2 項）、公序良俗（民法 90 条）や不法行為（民法 709 条）、または、労働契約法の解雇権濫用（労契法 16 条）等の規範的要件の一内容を構成する要素となって、間接的に効果が生じるものと考えられている<sup>141</sup>。

しかし、司法による民事的救済は、被害者にとって金銭的負担が伴うこと、手続きの厳格さにより迅速さに欠けること、個別事案の具体的事実関係を前提に差別の有無を判定するため、個々の事案ごとの救済になることなどに限界があるとされる<sup>142</sup>。

また、障害者が差別を証明する際の負担を緩和する司法的手続きや制度が存在しておらず、行政機関等がそれを補完する仕組みを十分に制度化できていない等、実効性の確保に関して現状ではその仕組みが不十分であることが指摘されている<sup>143</sup>。

促進法では、雇用に係るすべての事項を対象に差別を禁止しているため、当該規定に反する個々の行為の効果は、その内容や状況に応じて様々であり、個別の判断が必要とされる<sup>144</sup>。さらに、「障害の特性に配慮した必要な措置」も「過重な負担」も規範的評価的要件であるが、これら民法等の規定を介してその内容を実現することになるため、「裁判上の基準としては、極めて評価的要素の高い要件事実の争いとなることが予想される」という指摘もある<sup>145</sup>。

#### （ウ）差別禁止について

促進法で、障害者であることを理由とする差別の禁止を明文化した点については、大きな意義を有する。しかしながら、促進法では、障害を持つ当事者にしか法的保護を与えていないこと、差別類型の中

<sup>139</sup> 長谷川 聡「障害を理由とする障害差別禁止の実効性確保」季労 243 号（2013）44-45 頁。

<sup>140</sup> 長谷川 聡・同上、47 頁。

<sup>141</sup> 浅倉 むつ子・前掲注 74，11 頁。

<sup>142</sup> 長谷川 聡・前掲注 139，39-40 頁。

<sup>143</sup> 長谷川 聡・同上，45 頁。

<sup>144</sup> 分科会意見書・前掲注 91，2 頁。

<sup>145</sup> 池原 毅和「合理的配慮義務と差別禁止法理」労旬 1794 号（2013）13 頁。

で直接差別のみに限定していること、また、何が「不当な」差別的取扱いにあたるかについて、不明確な点があること等の課題が挙げられる。

① 「障害」差別の禁止ではなく「障害者」差別を禁止していることについて

促進法は、「障害者であること」を理由として、障害者に障害者でない者と均等な機会を与えないこと、不当な差別的取扱いをすることを禁止している（34条、35条）。そのため、「障害者」（2条1号）の定義に該当しない者は、障害差別を被ったとしても、その救済を求めることはできない。たとえば、家族に障害があるなど、障害者と関わりを持つこと、過去に障害があったこと、障害があるとみなされたことを理由に、不利益取扱いを受けた者を差別禁止の対象として扱うことが困難となる<sup>146</sup>。

② 禁止している差別行為の範囲について

促進法が禁止する障害者であることを理由とする差別は、基本的に事業主に差別意図のある直接差別をいい（解釈通知第2, 2(2)ロ）、間接差別、関連差別、ハラスメントや合理的配慮の不提供などが含まれるとは解されていない<sup>147</sup>。「直接差別」には、車いす、補助犬その他の支援器具等の利用、介助者の付添い等の社会的不利を補う手段の利用等を理由とする不当な不利益取扱いも該当するとされる（差別指針第2）。

しかしながら、このように直接差別の概念を拡張するだけで<sup>148</sup>、間接差別が禁止されていないことを補えるとは限らない<sup>149</sup>。間接差別には、使用者に差別意図がなくても、実際のところ障害者に不利益をもたらす制度や慣習等を是正する機能がある。また、使用者にとっては、予防的に障害者の存在を想定した措置を講じなければならないという圧力がかかるため、偏見や不利益を被る恐れから障害の存在を明らかにしていない障害者も一定の配慮を受ける効果がある<sup>150</sup>。

間接差別の問題は、合理的配慮の提供で対応が図られると考えられているが<sup>151</sup>、合理的配慮の提供で、かならずしも間接差別の規定がないことを補うことにはならない<sup>152</sup>。「自力通勤」あるいは「公共交通機関での通勤」が可能であることという要件を課すことは、多くの場合、障害のない者よりも障害

<sup>146</sup> 長谷川 珠子「障害者雇用促進法における「障害者差別」と「合理的配慮」」季労 243 号（2013）33-34 頁。

<sup>147</sup> 解釈通知のほか、Q&A 第二版でも、事業主に差別意図があるものと明記されている（A.2-3）。

<sup>148</sup> 車椅子、補助犬その他の支援器具等の利用、介助者の付添い等の社会的不利を補う手段の利用等を理由とする不当な不利益取扱いを「直接差別」として解釈することを指している（差別指針第2）。

<sup>149</sup> 長谷川 聡「イギリス障害者差別禁止法の差別概念の特徴」季労 225 号（2009）52 頁。間接差別では使用者の差別意図を証明する必要がなく、使用者側が障害者に与える不利益の合理性を証明しなければならぬため、直接差別よりも適用範囲が広いと考えられる。

<sup>150</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 275 頁。

<sup>151</sup> 分科会意見書・前掲注 91, 2 頁。

<sup>152</sup> 長谷川 聡（2009）・前掲注 149, 55 頁、長谷川 珠子（2013）・前掲注 146, 33 頁。合理的配慮が提供されれば、間接差別が常に生じないとはいえないとされ、将来的には間接差別を禁止する必要が論じられている。

者にとって不利に働く条件となっており、間接差別に該当し得る<sup>153</sup>。たしかに、労働条件の整備の一環で、合理的配慮として、「一般公共交通機関を利用できない場合は、障害に基づき必要とする通勤方法（自家用車、福祉移送サービス、介護タクシー、移動支援等）を保障する」ことを求める議論があり<sup>154</sup>、「自力通勤」や「公共交通機関での通勤」といった条件があったとしても、合理的配慮義務として通勤支援が検討されるので、障害者が受ける差別的な効果は、合理的配慮により緩和され得る。しかし、通勤に関する合理的配慮がどこまで使用者に求められるかは明らかにされておらず<sup>155</sup>、同様に、その他の場面でも、間接差別を生じさせている職場の制度や慣習などへの対応を、すべて合理的配慮の提供でまかなうのは困難であろう。

さらに、間接差別が明示的に禁止されていないことは、使用者が自発的に差別的効果をもたらす基準を是正する方向に動かないだけでなく、合理的配慮の提供で対応するとしても、合理的配慮を受けるためには、労働者側に障害者であることの開示を求めることにつながるため、それに伴う問題を生じさせる<sup>156</sup>。これらを踏まえると、将来的には法が禁止する差別の中に、間接差別を明記することが望まれる<sup>157</sup>。促進法では、禁止される差別行為の範囲を広げていくことが、今後の課題として求められるであろう<sup>158</sup>。

なお、立法の過程では、条約との整合性も考慮しつつ、雇用分野を含め、あらゆる分野で合理的配慮の否定を差別とするよう求められていた<sup>159</sup>。部会意見では、「一般には利用できる形で提供する反面、障害者には利用できない形でしか提供しないこと、言葉を換えれば障害者が利用できるように合理的配慮を提供しないことは、実質的には、障害のない者との比較において障害者に対して区別、排除又は制限といった異なる取扱いをしているのと同じである」として、合理的配慮の不提供を差別の文脈で捉え

---

<sup>153</sup> 長谷川 珠子（2013）・同上、35 頁。

<sup>154</sup> 内閣府「2010 年度第 2 回自治労障害労働者全国連絡会幹事会確認—障害者が必要とする労働・雇用における合理的配慮に関するガイドライン」

([http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s\\_kaigi/b\\_20/pdf/o-s1-3.pdf](http://www8.cao.go.jp/shougai/suishin/kaikaku/s_kaigi/b_20/pdf/o-s1-3.pdf), 2018/02/12 最終閲覧)。

<sup>155</sup> 長谷川 珠子（2013）・前掲注 146, 35 頁。指針で通勤に関する事項をどこまで合理的配慮の提供義務の範囲に含めるのかを明らかにすることが望ましいとされていたものの、配慮指針では、そのような具体的範囲について明示されていない。

<sup>156</sup> 合理的配慮を受けるには障害を開示する必要がある。そして、障害を開示することによって、また別の問題に直面するおそれがあることが指摘されている。配慮を受けることによって生じる別の問題については、西倉 実季「合理的配慮をめぐるジレンマ」川島 聡ほか・前掲注 127, 163-180 頁を参照。

<sup>157</sup> 長谷川 珠子（2013）・前掲注 146, 33 頁。

<sup>158</sup> 差別指針のパブリックコメントでも間接差別や合理的配慮の不提供が差別類型に含まれないことについての指摘が見られる（分科会「「障害者に対する差別の禁止に関する規定に定める事項に関し、事業主が適切に対処するための指針(案)」及び「雇用の分野における障害者と障害者でない者との均等な機会若しくは待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するために事業主が講ずべき措置に関する指針(案)」に対して寄せられた御意見について」（資料 1-3）1 頁（平成 27 年 3 月 2 日（第 67 回）））。

<sup>159</sup> 部会意見・前掲注 76, 25, 55 頁。

るべきとの見解が示されている<sup>160</sup>。実際の労働環境では、聴覚障害のある労働者は手話通訳による情報保障を必要とするので、使用者側が、当該労働者は会議に参加しなくてもよいとし、事実上参加機会を与えないようなケースも存在し、このような合理的配慮の不提供は、均等な機会を与えない差別的な状況といえる<sup>161</sup>。しかし、改正促進法では、「合理的配慮の提供を義務付けることと、その不提供を差別として禁止することとは、その効果において同一である<sup>162</sup>」とされ、合理的配慮の不提供は差別とされていない。法律上、合理的配慮の提供義務は、禁止される差別とは別に設定されていることから、「両者の射程は輻輳することはあっても、解釈論上は別個の概念であるにとらえるべき」ものとされる<sup>163</sup>。差別指針（案）に対するパブリックコメントでも、配慮の否定を差別と明記すべきとの意見が出されてはいるものの<sup>164</sup>、合理的配慮の提供義務違反が成立するため、合理的配慮の不提供が差別として明記されていないことによる問題については、あまり議論されていない<sup>165</sup>。

### ③ 何が「不当な」差別的取り扱いに該当するのかについて

促進法 35 条は、「不当な」差別的取扱いを禁止していることから、何が「不当な」差別的取扱いに該当するかについて問題が発生し得る。障害者に対して障害者でない者と異なる扱いをしても、その取扱いに合理的な理由が認められれば、「不当な」差別的取扱いに該当しない<sup>166</sup>。それが合理的な理由なく障害者に不利益をもたらす場合「不当な」差別的取扱いに該当し得る。

一方で、促進法の適用対象となる「障害者」について、障害者でない者と比較して、職務遂行能力が異なることが予想され、その場合、障害者でない者との等しくなさに応じた取扱いについて、その程度によっては、「不当な」取扱いに当たる可能性もあるとされる<sup>167</sup>。しかし、「等しくなさに応じた取扱

<sup>160</sup> 部会意見・同上、25 頁。

<sup>161</sup> 「障害者に対する障害を理由とする差別事例等の調査（2011 年 3 月内閣府委託調査）（抜粋）」障がい者制度改革推進会議差別禁止部会第 9 回（2011 年 10 月 14 日）資料 2、4 頁。

<sup>162</sup> 分科会意見書・前掲注 91、2 頁。

<sup>163</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129、196 頁。

<sup>164</sup> 前掲注 158。

<sup>165</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129、214 頁。合理的配慮の不提供が禁止される差別として構成されていない点については、差別禁止違反と合理的配慮提供義務違反の成立要件の違いが実務の違いとして挙げられたり（196-197 頁）、諸外国との相違点として挙げられたりするとどまっている（213 頁）。

<sup>166</sup> 永野 仁美ほか編・同上、84-86 頁。差別指針では、法違反にならない例として、「イ 積極的差別是正措置として、障害者でない者と比較して障害者を有利に取り扱うこと」「ロ 合理的配慮を提供し、労働能力等を適正に評価した結果として障害者でない者と異なる取扱いをすること」「ハ 合理的配慮に係る措置を講ずること（その結果として、障害者でない者と異なる取扱いとなること）」「ニ 障害者専用の求人採用選考又は採用後において、仕事をする上での能力及び適性の判断、合理的配慮の提供のためなど、雇用管理上必要な範囲で、プライバシーに配慮しつつ、障害者に障害の状況等を確認すること」を挙げている（差別指針第 3、14）。

<sup>167</sup> 永野 仁美ほか編・同上、185-187 頁。本書では、「等しい者への等しい取扱い（同一取扱い）」と「等しくない者への（その相違に応じた）等しくない取扱い（均衡取扱い）」に分けて、ある取扱いが禁止される取扱いなのかどうかという判断について論じられている。そして、「不当な」差別的取扱いの判断の困難さは、ある取扱いが相違に応じた取扱いであれば、「不利益取扱い」とは捉えられないこ



い」の考え方は人により異なり、どの程度であれば、「不当な」取扱いにあたるのか、難しい問題が生じるとされる<sup>168</sup>。

合理的配慮や積極的差別是正措置に伴う不利益取扱いも想定される<sup>169</sup>。雇用率制度の枠で採用された障害者に対し、試用期間を長く設定したり、軽易業務のみに従事させて低い処遇に留めおいたりした場合、不均衡を是正する効果よりも、不均衡な状況を継続させることにつながるため、これらを、「不当な」差別的取扱いと解することができるのかという問題を生じさせ得る<sup>170</sup>。

たとえば、日本曹達事件<sup>171</sup>では、一般の採用枠とは別に障害者枠を設けて、障害者の場合は、最初は有期の雇用契約を結び、業務への適性等を見極めてから、期間の定めのない契約に移行させることについて、トライアル雇用制度と類似するもので、合理性があるとされた。当時は、募集・採用における障害を理由とする差別を禁止する法律上の規定もなく、実質的にも保障されていなかったとされる<sup>172</sup>。

促進法の差別禁止規定では、障害者でない者は期間の定めのない雇用契約を結び、障害者には期間の定めのある雇用契約を結ぶような別異取扱いについては、障害者にのみ不利な条件を付すこと、もしくは、障害者に均等な機会や待遇を与えないことに該当し、「不当な」差別的取扱いとなり得る<sup>173</sup>。また、本人が障害者枠での雇用を望まないのに、障害者であるという理由でその枠で採用することは、差別となる<sup>174</sup>。

しかし一方で、積極的差別是正措置として障害者を雇用することを目的として障害者枠を設け、障害者を障害者でない者よりも有利に扱うことは、差別には該当しないとされる（差別指針第3,14）。差別禁止規定の解釈では、あくまで「労働能力等に基づくことなく、単に障害者であることを理由として」その対象を障害者のみとすること、もしくは、その対象から障害者を排除することを差別として禁止している（解釈通知第2,2）。また、合理的配慮として障害者が遂行可能な業務を切り出して、その業務専門の従業員として異なる雇用管理をするケースについて、雇用形態や処遇が異なるからといって、それが直ちに禁止する差別に当たるとは一概にはいえないとされている<sup>175</sup>。

---

とに現れるとしている（202-203頁）。

<sup>168</sup> 石崎 由希子「障害者差別禁止・合理的配慮の提供に係る指針と法的課題」労研 685号（2017）24頁。

<sup>169</sup> 合理的配慮が不利益取扱いにつながる可能性については、本稿で取り組む課題とも関わるので、後述する（次章「2（2）本稿の合理的配慮にかかる研究の視点」を参照）。

<sup>170</sup> 石崎 由希子・前掲注 168, 25-26頁。

<sup>171</sup> 東京地判平 18年4月25日労判 924号 112頁。

<sup>172</sup> 和田肇「今なぜ雇用平等法を問題にするのか」日本労働法学会誌 117号（2011）7頁。

<sup>173</sup> 永野 仁美（2014）・前掲注 57, 9-10頁。

<sup>174</sup> Q&A 第二版 A.3-1-6。

<sup>175</sup> Q&A 第二版 A.3-1-4, A.3-3-2。

このように一定の能力評価に基づく「等しくなさに応じた取扱い」は、障害者採用枠と一般採用枠の違いで雇用条件に差が出ることを正当化するものなのか、雇用率制度を含めた積極的差別是正措置や合理的配慮との関係で、どのような場合に「不当な」差別取扱いとなるのか、について検討が必要となるであろう<sup>176</sup>。

#### (エ) 合理的配慮について

ここでは、促進法の下で規定された合理的配慮について、どのような問題が指摘されているのかを確認する。本稿で取り組む合理的配慮の問題については、次章で先行判例、先行研究の動向を踏まえた上で後述する<sup>177</sup>。

##### ① 合理的配慮規定の中の不確定要素

合理的配慮の概念自体、そもそも、個別性、多様性の高いものとされており、基本的な考え方としては、個々の事情を有する障害者と事業主との相互理解の中で提供されるべき性質のものであるとされている（配慮指針第2,1）。その上、促進法の合理的配慮の提供義務には、「必要な措置」、「過重な負担」といった不確定概念が存在し、これに関しては、「我が国の法体系全体との整合性や、法律の文言の通常用語法を尊重した法の解釈作業を不可欠とする」とされ、法解釈アプローチの必要性が指摘されている<sup>178</sup>。

促進法の合理的配慮は、「過重負担を伴うか否かが確定する前の措置を意味し、過重負担を伴うものとそうでないものを含みうる」とされ、一方で、解消法の合理的配慮では、非過重負担がすでに要素として含まれるのと比較して、異なるとされる<sup>179</sup>。結果的には、過重な負担を伴わない場合のみ、事業主に合理的配慮の提供が義務づけられる点では同じと考えられるものの、こうした構造から、促進法の合理的配慮は義務の範囲と過重な負担の考慮要素についても、検討する必要があるとされる<sup>180</sup>。ちなみに、配慮指針で示されている事例などは、過重な負担となる場合には提供義務は生じないとされているにもかかわらず、パブリックコメントで追加すべきとされたもの、職場介助者等の配置、手話通訳・要約筆記の利用、障害に応じた通勤方法の保障等については追加されていない<sup>181</sup>。あくまで、「あらゆる

<sup>176</sup> 石崎 由希子・前掲注 168, 25-26 頁。

<sup>177</sup> 次章「2 合理的配慮に関する先行研究と本稿で取り組む課題」を参照。

<sup>178</sup> 川島 聡＝菊池 馨実・前掲注 125, 26-27 頁。

<sup>179</sup> 川島 聡「差別解消法と雇用促進法における合理的配慮」川島 聡ほか・前掲注 127, 47 頁。

<sup>180</sup> 同上。

<sup>181</sup> 手話通訳に関しては、配慮指針の作成過程でも、合理的配慮のひとつとして認めるような要求がある（指針研究会「一般社団法人全日本難聴者・中途失聴者団体連合会 提出資料」（参考資料 1）（平成 25 年 12 月 26 日（第 6 回））。採用後の合理的配慮の例として、「会議等の通訳は、難聴者・中途失聴者自身が必要性を判断し、依頼出来るようにすること」としている。また、募集・採用時の合理的配慮として、面接だけではなく、会社説明会等でも必要な情報保障の準備を求めている。

事業主が必ずしも実施するものではなく、また、ここに記載されている事例以外であっても合理的配慮に該当するものがある」という位置づけである。

なお、採用時と採用後の合理的配慮規定の相違点として、障害者からの「申出」を必要としているか否かが挙げられる<sup>182</sup>。すでに雇用関係にある障害者の場合、労働者側からの「申出」を前提として、使用者に合理的配慮義務が発生するわけではないとすると、使用者が合理的配慮の必要を確認する上で、「障害者であることをどう把握するか」という問題が生じ得る<sup>183</sup>。安全配慮義務違反にかかる最高裁判例を踏まえ、障害者側からはプライバシーにかかる障害の詳細を申し出ることなく、合理的配慮を認める余地があるのではないかと、さらには、使用者は「必要な注意を払っていれば、この労働者が障害者であることを把握できたはずだ」と判断される可能性も指摘される<sup>184</sup>。しかし一方で、使用者が講ずべき具体的措置の特定には、ある程度、障害者側からの意思表示が必要と考えられる<sup>185</sup>。特に、外観からは判別し難い障害の場合、労働者側からの開示がなく、使用者が「必要な注意を払っても」障害者であることを把握できなかったため、配慮を講じなかった場合には、法的責任は問われまいと考えられ<sup>186</sup>、労働者側からの意思表示が重視されるという懸念もある<sup>187</sup>。

## ② 合理的配慮の内容と義務の範囲

これまでの日本の法律上、合理的配慮は規定されていなかったものの、日本の雇用システムでは、解雇権濫用法理や安全配慮義務等により、合理的配慮に類似した措置を講じることが使用者に求められてきた<sup>188</sup>。このような労働契約上の様々な配慮義務と合理的配慮の提供義務との関係を整理する必要性が指摘される<sup>189</sup>。

また、日本の長期雇用慣行を前提とした雇用管理では、労働契約上職務を限定しないことが多く、「職務」自体が不明で、どの職務について合理的配慮を行えば配慮義務が満たされるのか明らかではないという指摘がある<sup>190</sup>。職務が明らかでないことから、必要な職務遂行能力の判定が難しく、さらに、合

<sup>182</sup> 池原 毅和・前掲注 145, 11 頁。「申出」が明記されることにより、障害者側からの「要求」によって義務が発生すると解釈されることを懸念している。

<sup>183</sup> 山川 隆一ほか・前掲注 98, 14-15 頁。

<sup>184</sup> 山川 隆一ほか・同上, 15 頁〔山川 隆一発言〕。

<sup>185</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 282 頁。

<sup>186</sup> 石崎 由希子・前掲注 168, 28 頁。

<sup>187</sup> 西倉 実季・前掲注 155, 165-168 頁。

<sup>188</sup> さらに、改正促進法の施行前のものでも、同法が要請する配慮内容に非常に近いと評されるものがある。阪神バス事件（後掲注 210）の内容は、これまで安全配慮義務が一般的な安全確保や健康の保持をめぐり議論されてきたのとは対照的であるとされている（永野 仁美ほか編・前掲注 129, 47 頁）。裁判例については次章「1 これまでの判例（労働契約上の配慮義務、解雇回避努力、障害者の不利益処遇に関わる裁判例）」を参照。

<sup>189</sup> 長谷川珠子「日本における「合理的配慮」の位置づけ」労研 646 号（2014）15 頁。

<sup>190</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 224 頁。

理的配慮によって、どの程度、職務遂行が可能になるならば、配慮を提供する義務を使用者側が負うのかという点も明らかでないことが問題として指摘される<sup>191</sup>。

さらに、合理的配慮は、労働契約上の義務の内容を変化されるものではないという理解から、労働契約の範囲を超えるものは求められないという見解と<sup>192</sup>、促進法の障害者の職業の安定（1条）という目的や雇用率制度の存在から、既存の契約解釈から導かれる範囲に留まらない措置の検討も求められるとする見解がある<sup>193</sup>。具体的には、職務の遂行を継続させることができない場合に、別の職務に就かせることなどの合理的配慮は、職種限定がある労働者にも検討する必要があるのかどうかという点で問題となる<sup>194</sup>。これが肯定されるとすれば、それに伴い、労働契約の変更を打診することが使用者に求められるのか、給付と対価の均衡が取れない状況を恒常的に維持することまでは要求されないのか、もしくは、従前の処遇の引き下げを伴う契約変更が可能なのかといった、さらに配慮義務の範囲について明らかにする必要がある<sup>195</sup>。

他方で、合理的配慮は新しい概念であっても、各企業が多くの場合は雇用率制度の範囲で任意に行ってきた取組みの中には、合理的配慮類似の対応が含まれているとされる<sup>196</sup>。今後、これまでは実施されていなかったが義務として課せられる配慮に何が含まれるのか、促進法の合理的配慮義務として課せられる範囲はどこまでかという点を、明らかにする必要がある<sup>197</sup>。

### ③ 合理的配慮が不利益取扱いを導く可能性

既存の障害のない者を前提とした能力評価基準に基づき、職務遂行能力に差があると評価される場合、その職務遂行能力の差異を前提に、差異の程度に応じた異なる取扱いが許容され得る<sup>198</sup>。合理的配慮の提供によって、障害者も障害のない者と等しく能力を発揮することが可能となるとすれば、配慮の果たす役割は大きいと考えられるものの、その一方で、合理的配慮にかかる措置を講ずることの結果として、障害者でない者と異なる取扱いとなることは法違反ではないとされている（差別指針第3の14）。従前の処遇を維持することを前提とするものだけではなく、処遇の引き下げも許容する広い範囲

<sup>191</sup> 永野 仁美ほか編・同上。

<sup>192</sup> 小鍛冶 広道「Q&A 改正障害者雇用促進法を巡る実務ポイント」労務事情 1303号（2015）35-36頁。私見としながらも、合理的配慮は労働義務の内容を変更することまでは求めていないとし、業務量等の調整についてもあくまで労働契約において定められた労働義務の本旨にのっとった履行であると評価できる範囲内で行うべきと述べられている。

<sup>193</sup> 石崎 由希子・前掲注 168, 26-27 頁。

<sup>194</sup> 石崎 由希子・同上。

<sup>195</sup> 石崎 由希子・同上。

<sup>196</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 217 頁。

<sup>197</sup> 永野 仁美ほか編・同上。

<sup>198</sup> 富永 晃一「改正障害者雇用促進法の障害者差別禁止と合理的配慮義務」論究ジュリ 8号（2014）28 頁。

の合理的配慮が認められることで、ある種の不利な処遇へと繋がる可能性がある<sup>199</sup>。上記②の処遇の引き下げを伴う契約変更が可能なのかという問題とも関連し、合理的配慮によって、処遇の引き下げや障害者と障害のない者との間の異別処遇が広がる可能性も考えられる<sup>200</sup>。

---

<sup>199</sup> 石崎 由希子・前掲注 168, 25 頁。

<sup>200</sup> 石崎 由希子・同上。軽易業務への配置という配慮と不利な処遇とが結びついている場合に、こうした処遇が「障害者であることを理由とする差別的取扱いに当たらないか」という点には慎重な検討が必要」と指摘されている。

## 第2章 日本の判例、先行研究の状況と本稿の合理的配慮研究にかかる視点

本章では、前章で取り上げた日本の合理的配慮にかかる問題点を踏まえ、本稿ではどのような問題に対していかなる手法で取り組むのかについて説明する。まず、合理的配慮に関わりがあると考えられる判例の状況を確認する。促進法の下で合理的配慮が規定される前から、解雇権濫用法理や安全配慮義務等により、合理的配慮に類似した措置を講じることが使用者に求められ、そのような労働契約上の様々な配慮義務との関係整理が日本の合理的配慮に関する課題のひとつとされているためである<sup>201</sup>。次に、日本の合理的配慮に関する先行研究の状況を紹介し、本稿で取り組む課題を明らかにする。最後に、これらの課題に取り組む上で、本稿では、アメリカを対象とする比較法研究の手法を用いること、それが適当と考える理由を説明する。また、日本におけるアメリカ法の先行研究の状況を紹介し、特に合理的配慮義務の範囲をどこまで認めるかという問題について、研究の余地があることを述べる。

### 1. これまでの判例（労働契約上の配慮義務、解雇回避努力、障害者の不利益処遇に関わる裁判例）

本節では、次のような視点から日本の裁判例を取り上げる。まずは、安全配慮義務や解雇権濫用法理等の下で、使用者が講ずべき配慮について論じられた裁判例を解雇事案とそれ以外の事案に分けて取り上げる。日本では、促進法で障害者への合理的配慮の提供が義務化される前から、安全配慮義務や解雇権濫用法理等を根拠に、内容的に合理的配慮と類似した措置が求められてきた<sup>202</sup>。このような措置は、促進法上の障害者に限らず、健康上の問題を抱えた労働者に対して行われる。たとえば、健康上の問題により労働能力が低下した労働者に対する解雇事案では、休職や軽易業務への配置など、使用者が解雇回避努力を尽くしたかどうか問われる。次に、合理的配慮義務が規定された改正促進法の施行前から、障害特性を考慮に入れた対応を使用者に求める裁判例が出てきているので、そのような変化を確認する<sup>203</sup>。労働者が障害者であることを踏まえ、職務が継続できるよう個別の配慮の検討を使用者に求めている<sup>204</sup>。

<sup>201</sup> 前章「4 (3) (エ) ②合理的配慮の内容と義務の範囲」を参照。

<sup>202</sup> 長谷川 珠子「健康上の問題を抱える労働者への配慮」労研 601 号（2010）47 頁。差別禁止の枠組みとは異なるものの、解雇をする前に、休職や他の業務への配置転換、業務軽減を検討するなど、解雇を回避する措置をとることが使用者に求められ、すでに合理的配慮規定が明文化される前から「合理的配慮」類似の対応が図られているとされる。

<sup>203</sup> 長谷川 珠子「判批」季労 259 号（2017）200-201 頁。たとえば、原田学園事件では「職務変更に当たっても、業務上の必要性や労働者の被る不利益性を判断する際に、合理的配慮を提供したかどうか加味される可能性があることを示した」とされる。一方で、原田学園事件も○公立大学法人事件も「障害のある労働者への配慮が検討された形跡すらないといった事案であり、比較的判断の容易な事案であった」ため、今後は合理的配慮を行なったけれども解雇等に至ってしまった事案で、どこまでの配慮をすべきだったかといったより複雑な問題が生じる可能性が指摘されている。

<sup>204</sup> 岩村 正彦ほか・前掲注 104, 161 頁〔長谷川珠子発言〕。解雇権濫用法理や安全配慮義務などに基づいて使用者に配置転換や職務軽減の検討などの義務を課すものは比較的認められてきたが、近年、阪

他方、合理的配慮よりもむしろ差別禁止の観点から検討されるべきではあるが、障害者であるために、障害者でない者とは異なる取扱いがなされた結果、不利益処遇に結びついたことが問題となった裁判例も取り上げる。これらは、差別禁止規定や合理的配慮の提供義務が導入されたことによって判断が変わり得ること、また、合理的配慮にかかる措置が提供された結果、異なる処遇がなされた場合に参考になることから検討に加える。

以下では、最初に、疾病などが原因で職務能力が一時的に低下した労働者に対し、使用者に労働者の利益に資するような対応をするよう求められた、片山組事件を取り上げ、それと類似の裁判例を紹介する。次に、労働者が障害者であることを踏まえ、その障害特性を考慮に入れた対応を使用者に求める裁判例、さらに、障害者である労働者にとって一定の不利益を伴う対応が許容された裁判例を取り上げた上で、最後に雇用終了事案を扱うことにする。

片山組事件<sup>205</sup>では、バセドウ病に罹患した労働者が現場監督業務に従事することは不可能と判断され自宅治療を命じられた間、欠勤扱いで、賃金が支払われなかった件につき、「労働者が職種や業務内容を特定せずに労働契約を締結した場合においては、現に就業を命じられた特定の業務について労務の提供が十全にはできないとしても、その能力、経験、地位、当該企業の規模、業種、当該企業における労働者の配置・異動の実情及び難易等に照らして当該労働者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務の提供をすることができ、かつ、その提供を申し出ているならば、なお債務の本旨に従った履行の提供があると解するのが相当である」された。その後、差戻し審<sup>206</sup>において、当該労働者に遂行可能な事務作業があり、配置される現実的可能性があったと判断され、賃金請求権が認められている<sup>207</sup>。

また、オリエンタルモーター（賃金減額）事件<sup>208</sup>では、病気のため従前どおりの仕事ができなくなった原告に対し、賃金が大きく減額する業務を与えたことについて、「これまでの職歴、業績、過去の昇給経過等を考慮し適切な範囲にとどまるよう配慮することが要請されている」とされた。原告は、従前就業していた労務の提供が十全にできない状態であるものの、原告において労務を提供することができる代替業務が存在し、実際に代替業務に就労させることは可能であったことから、原告に賃金減額前の賃金請求権を認めている。

---

神バス事件で、裁判所が、使用者に対して合理的配慮類似の対応を求めるなど、これまでの流れとは異なる画期的な決定をしていると評されている。

<sup>205</sup> 最一小判平 10 年 4 月 9 日労判 736 号 15 頁。

<sup>206</sup> 東京高判平 11 年 4 月 27 日労判 759 号 15 頁。

<sup>207</sup> 最三小決平 12 年 6 月 27 日労判 784 号 14 頁。上告不受理により確定。

<sup>208</sup> 東京高判平 19 年 4 月 26 日労判 940 号 33 頁，東京地判平 18 年 1 月 20 日労判 911 号 44 頁。

これらの裁判例では、労務の提供が十全にはできないとしても、職務等の限定なく労働契約を締結している労働者に対して、現実的に配置可能な代替業務が存在する場合、当該労働者を一時的もしくは永続的に代替業務に配置することが使用者に求められている。たとえば、東京エムケイ事件<sup>209</sup>でも、「ほとんど専門性を有しない業務については、ある程度使用者側の必要性において配置転換できる」とされ、労働契約上の限定がないことが配置転換を使用者に求める要素となっている。これに対し、合理的配慮として配置転換を行う際には、職務や勤務地等に関する労働契約上の限定を考慮要素とするかどうかについては検討が必要である。

さらに、配置転換だけでなく、労働者が障害者であることを踏まえ、従前の職務遂行が可能となるよう、勤務配慮や障害特性に応じた補助の在り方について検討を求めるものとして、以下の阪神バス（仮処分）事件や学校法人原田学園事件がある。

阪神バス（仮処分）事件<sup>210</sup>では、労働者（バスの運転手）が、椎間板ヘルニアの術後の後遺症により、毎日決まった時間に下剤を服用し、毎朝数時間かけて排便をするという排便コントロールが必要なため、午後からの乗務シフトに固定する勤務配慮を受けてきたところ、事業承継会社では、勤務配慮を廃止し、ランダムな勤務シフトで働くことを求めた件について、「障害者に対して必要な勤務配慮を合理的理由なく行わないことは、法の下での平等（憲法 14 条）の趣旨に反するものとして公序良俗ないし信義則に反する場合があります」と述べ、使用者に対し、当該労働者に緊急の場合に休憩を取ることが容易な路線を担当させ、変動のない勤務時間帯を割当てる勤務配慮を行う必要性があることを認めている。このように、仮処分では、障害者への配慮の必要性について論じられたのに対し、本訴では、そのような必要性に言及せず、会社分割の承継の際になされた合意にかかる手続きの観点から判断されている<sup>211</sup>。

さらに、学校法人原田学園事件<sup>212</sup>では、主に、原告に授業科目を担当させず、研究や学科事務に専念させるという職務変更命令が権利濫用に当たるか否かについて争われ、その判断において、視覚障害を有する教員への視覚補助の在り方という合理的配慮についても勘案されている。原告は、被告短大の専

---

<sup>209</sup> 東京地判平 20 年 9 月 30 日労判 975 号 12 頁。

<sup>210</sup> （仮処分）神戸地尼崎支決平 24 年 4 月 9 日労判 1054 号 38 頁。（保全異議）神戸地裁尼崎支平 24 年 7 月 13 日労判 1078 号 16 頁、（保全抗告）大阪高決平 25 年 5 月 23 日労判 1078 号 5 頁。

<sup>211</sup> （本訴訟）神戸地判平 26 年 4 月 22 日労判 1096 号 44 頁、大阪高裁にて和解成立（平 27 年 2 月 24 日）。本訴では、原告が会社分割に際しての勤務配慮に係る労働条件の不利益変更に同意したことが認められるとしても、会社分割前の勤務配慮について黙示の合意のある労働契約が、そのまま被告に承継されるという原告の利益を一方的に奪う手続きに基づいてなされたものであり、「かかる手続きはまさに労働契約承継法の趣旨を潜脱するものというべきであるから、上記同意による勤務配慮に係る労働条件の不利益変更は、公序良俗に反して無効と解するのが相当である」と判断された。

<sup>212</sup> 岡山地判平 29 年 3 月 28 日 LEX/DB25545567。



任の准教授であり、近年、網膜色素変性症疾患が進行し、文字の判読が困難となったため、私費で視覚補助のための補佐員を付け、授業活動及び研究活動に従事していた。

原告の授業で、雑談、読書、睡眠、無断退出等が横行し、受講生の中には、菓子等の飲食をする者もいるのに、原告はそれを黙認・放置していた等の苦情の申立てがあり、その事実が認められている。これに対し、裁判所は、この件について原告は学生らに謝罪し、被告短大側にも再発防止を誓っているものであり、改善が見込めないとはいえないと判断している。さらに、「本件学科内で、学生の問題行動につき、全体としてどのように指導していくか、あるいは、原告に対する視覚補助の在り方をどのように改善すれば、学生の問題行動を防止することができるかといった点について正面から議論、検討された形跡は見当たらず、むしろ、望ましい視覚補助の在り方を本件学科全体で検討、模索することこそが障害者に対する合理的配慮の観点からも望ましいものと解される」と判示している。こうしたことを踏まえ、被告が職務変更命令の必要性を指摘する点について、各種取組等による授業内容の改善や、補佐員による視覚補助により解決可能なものと考えられ、本件職務変更命令の必要性としては十分とはいえないとされた。

労働者が障害者であることを把握しており、障害によって労務の提供において困難が生じている場合、何らかの配慮を検討する必要性が示されている。

他方で、障害者であることを把握し、使用者が障害者に対し、障害者でない者とは異なる取扱いをした結果、障害者にある種の不利益がもたらされたものの、そのような対応が許容された裁判例もある。

日本曹達事件<sup>213</sup>では、障害者を障害者枠で採用する場合、最初は有期の雇用契約を結び、業務への適性等を見極めてから、期間の定めのない契約に移行させるという制度を設けていることは、不当な差別であるかどうかで争われた。当該制度について、裁判所は、「障害者雇用の維持・拡大を図ることを目的とし、現にかかる機能を有するものと認められるのであるから、この制度が障害者を差別的に取り扱うものであるということとはできない」とし、当該制度を設けることについて合理性があると判断している。

藍澤証券事件<sup>214</sup>では、求人票では、雇用形態を正社員としていたものの、精神障害を有する原告とは、登用特約付き<sup>215</sup>の有期雇用契約を締結した件に関して、裁判では、雇用契約締結時に、原告側は入

---

<sup>213</sup> 前掲注 171。

<sup>214</sup> 東京高判平 22 年 5 月 27 日労判 1011 号 20 頁，東京地判平 21 年 9 月 28 日労判 1011 号 27 頁。

<sup>215</sup> 「勤怠、就業状況等を勘案し、特段の問題がない場合は契約終了時に雇用期間を定めない社員（正社員）へ登用することができる。ただし、不適格な場合は登用しない」とする特約で、正社員への登用を確約するものではないとされている。

社日の変更を申し出た以外は、特段の異議を述べることなく、契約書に署名押印して提出しており、契約書記載の内容のとおり合意されたものと認めるのが相当であるとしている<sup>216</sup>。

また、労災により身体障害者となった原告が、在籍期間中に昇格しなかったことは、障害者であることを理由とする差別であるかどうか争われた S 社（障害者）事件<sup>217</sup>では、被告会社は原告の主張するような入社後 25 年を経過すれば主事に昇格するという年功序列制度ではなく、いわゆる職能資格制度を採用しており、原告は主事昇格要件を充足しているとはいえないと判断されている。被告会社は、労災事故により両手をなくす障害を負った後、原告の現場で働きたいとの希望を踏まえ、可能な業務として図面作成業務の場を設け、賃金の低下を招かぬよう、職務給を維持する等の配慮をしており、原告の業務内容は、他の技能系社員の業務内容と比較して、相当限定されたものと認めざるを得ないとした上で、主事昇格要件の充足の有無を判断するには、本来業務を遂行する技能系社員を前提とすることが予定されていると判示している。

さらに、京成不動産事件<sup>218</sup>でも、障害等級 1 級の認定を受けた原告が、制限された業務しか分担されず、昇進、昇給がなされなかったことについて、被告は、原告との合意に基づいて、相当に範囲が制限された業務しか分担させなかったものであって、嫌がらせ等の不当な目的で仕事を与えなかったとは認められず、原告が相当に制限された業務しか分担していない以上、人事考課が低いものに留まったこともやむを得ないとされた。昇進や昇給がなされなかったことについては、裁量の範囲内であり、違法とは認められないと判断されている。

このように労働者が障害者であることから、特定の業務を設けたり、制限された業務を割り当てたりした場合に、雇用形態や昇進、昇給などの待遇面では障害者に一定の不利益がもたらされる問題については、今後、差別禁止と合理的配慮の提供の両面から検討していく必要がある。

最後に、障害者である労働者に対する雇止め・解雇などの雇用終了のケースにおいて、一般労働法の下でも雇用維持の観点からどのような労働契約上の配慮が使用者に求められてきたのかを確認する<sup>219</sup>。

---

<sup>216</sup> なお、本件では、勤務成績不良等を理由に、2 度目の契約更新が行われなかったことについて、当該労働者は、比較的簡易な作業に従事していたところ、郵便仕分け作業における誤配送や名刺作成での製作ミス及び印刷ミスによって大量の誤印刷による損害を生じさせており、さらには自分のミスを隠そうとしていたことから、被告会社が、今後の改善が見込めないと判断するのも不合理とはいえないとして、雇止めが認められている。

<sup>217</sup> 名古屋高判平 27 年 2 月 27 日労経速 2253 号 10 頁、名古屋地判平 26 年 4 月 23 日労経速 2215 号 3 頁。

<sup>218</sup> 東京地判平 27 年 3 月 18 日 LEX/DB25540148。

<sup>219</sup> なお、障害を理由とする解雇については、「HIV 感染を理由とする解雇は社会的相当性の範囲を逸脱した違法行為である」した HIV 感染者解雇事件（東京地判平 7 年 3 月 30 日労判 667 号 14 頁）がある。

JR 東海（退職）事件<sup>220</sup>では、「身体障害等によって従前の業務に対する労務提供を十全にはできなくなった場合に、（中略）雇用契約における信義則からすれば、使用者はその企業の規模や社員の配置、異動の可能性、職務分担、変更の可能性から能力に応じた職務を分担させるべき」とされ、「現実には復職可能な勤務場所があり、本人が復職の意思を表明しているにもかかわらず、復職不可とした被告の判断には誤りがあると言わざるを得ないから、被告による原告に対する本件退職扱いは就業規則に反し無効である」と判示された。

また、職務限定のある労働契約を結んでいる労働者に対しても、復職後直ちに従前の業務に復帰できなくても、比較的短期間で復帰することが可能である場合には、休業に至る事情、使用者の規模、労働者の配置等の実情から見て、使用者は短期間の復帰時間を提供する信義則上の義務を負うとされている（全日本空輸〔退職強要〕事件・大阪高判平 13.3.14 労判 772 号 9 頁）。

ちなみに、日本ヒューレット・パカード事件<sup>221</sup>では、精神的不調による被害妄想から欠勤を続けた労働者を、無断欠勤を理由として諭旨退職処分にした件につき、「精神的な不調が解消されない限り引き続き出勤しないことが予想されるところであるから、（中略）精神科医による健康診断を実施するなどした上で、（中略）必要な場合は、治療を勧めた上で休職等の処分を検討し、その後の経過を見るなどの対応を採るべき」とされている。

労働者の雇用維持においては、比較的手厚い配慮が求められている。

一方、労働者の雇用を継続するため、本来の業務ではない軽作業を割当て、治療、リハビリテーションのための欠勤、早退を許すなど、使用者が労働者に対しそれなりの配慮を示してきた場合には、労働者が、症状固定の状態に至った後でも安定した労務の提供をなし得る状況にはなく、従業員 3 名の零細企業であることも考慮して、他の従業員との公平の見地からしても、解雇はやむを得ないと認めた例もある<sup>222</sup>。

中途障害者である労働者の解雇を認めた事案として、横浜市保健会事件<sup>223</sup>がある。本件では、歯科衛生士として従事していたが、頸椎症性脊髄症に罹患したため、約 6 年間休職した後（私傷病職免、有給休暇、有給・無給の休職、欠勤を含む）、免職となった件につき、原告（控訴人）は、わずかな工夫で就労可能であると主張したが、裁判所は以下のように判断し、解雇の有効性を認めている。まず、検査対象児童を着席させ、児童に指示して児童自身に頭の位置を動かすようにさせる方法を取ることにについて、裁判所は、「児童が着席するいすを複数用意するなど事前の相応の準備が必要である上、検査対象児童が歯科衛生士が意図した的確な位置に頭を動かすことに時間を要する場合が少なからず想定され、

<sup>220</sup> 大阪地判平 11 年 10 月 4 日 労判 771 号 25 頁。

<sup>221</sup> 最二小判平 24 年 4 月 27 日 労判 1055 号 5 頁。

<sup>222</sup> 大阪築港運輸事件・大阪地判平 2 年 8 月 31 日 労判 570 号 52 頁。

<sup>223</sup> 東京高判平 17 年 1 月 19 日 労判 890 号 58 頁、横浜地判平 16 年 2 月 13 日 労判 890 号 63 頁。

その場合には歯科衛生士自身が自ら動いて口腔内を確認せざるを得ないし、その分余分な時間を費消することになる。そして、多人数の児童（その中には容易に指示に従わない児童も存在する。）を与えられた時間内に的確に検査する必要にかんがみると、控訴人主張の方法による検査可能性については相当の疑問があるというべきである」とした。また、裁判当時用いられていた検査方法であれば、左手のひじが高い状態で宙に浮いている状態ではないから左手が震えることはなく、右手は問題ないので、児童の口唇に傷をつけたり、不必要な痛みを与えたりすることはないと原告は主張しているのに対し、裁判所は、「本件解雇当時、控訴人は左上肢を一時的に持ち上げることができるものの、左上肢を上げたままの姿勢を長く保持することが困難であり、左上肢を上げ下げする動作を繰り返すと左手に不随意運動が生じてしまうおそれがあることが認められるのであって、左のひじが長時間・連続的に随意的運動ないし保持ができたとは認められない（中略）歯口清掃検査を的確に行うためには、右手だけではなく、左手をはじめ身体全体が的確な検査のために有機的に連動しなければならないのであって、現在の検査方法を採用したとしても、控訴人が、多様な児童の口腔内の状況を迅速かつ的確に検査できると評することはできない」とし、「社会通念上使用者の障害者への配慮義務を超えた人的負担ないし経済的負担を求めるものと評せざるを得ない」と判示している。本件は、第4章で合理的配慮とその提供を考慮した上での職務遂行能力との関係から検討するが、裁判所は、配慮にかかる人的、経済的負担について言及しているものの、むしろ、求められる措置を行なったとしても原告が債務の本旨に従った労務の提供ができるとは認められないことに基づき、判断した形になっているといえる。

さらに、近年は発達障害者である労働者が雇用期間中に精神障害を発症し、休職期間満了の時点で退職扱いとなるケースがある。以下の2件は、障害者であることは認識され、さらに日本電気事件では合理的配慮に関して言及されつつも、労働契約上の債務の本旨に従った労務の提供が可能かという点に着目し、これまでと同様の一般労働法の下での判断枠組みが用いられている。

日本電気事件<sup>224</sup>では、試験出社の際の原告の状況に基づき、身だしなみや周囲とのコミュニケーション等、社会性に改善が見られないことから、休職期間満了時点で退職扱いとした。裁判所は、原告がアスペルガー症候群の病識を欠いており、対人交渉の比較的少ない従前の部署でも、上司とのコミュニケーションが成立しない精神状態で、かつ、不穏な行動により周囲に不安を与えている状態であり、法施行前ではあるが、促進法で義務づけられた合理的配慮に関して、「障害のある労働者のあるがままの状態を、それがどのような状態であろうとも、労務の提供として常に受け入れることまでを要求するものとはいえない」として、就労可能とは認めがたいと判示した<sup>225</sup>。

<sup>224</sup> 東京地判平27年7月29日労判1124号5頁。原告は、休職当初、「統合失調症（疑い）」と判断されていたが、後に「アスペルガー症候群」との診断を受けている。

<sup>225</sup> 裁判所は、原告が従前の職務である予算管理業務を通常に行える健康状態になく、当初輕易

三菱重工業事件<sup>226</sup>では、「自律神経失調症」「適応障害」「適応障害（アスペルガー障害疑）」「反応性うつ病・適応障害」「主病名を破局体験後の人格変化、従病名を反応性抑うつ」「解離性障害」「統合失調症」などの診断がなされた原告が、復職に際し、原告の実家のある現住所から通える勤務地での就労を希望し、原職場への復職命令に応じないまま欠勤を続け、33ヶ月を超過したため、被告会社の就業規則に記載された解雇事由に該当するとして解雇された。本件解雇には、客観的に合理的な理由があり、社会通念上の相当性も認められると判断され、有効性が認められている。原告は欠勤期間中に<sup>227</sup>、勤務先のある愛知県から実家のある埼玉県に移住し、原告の実母が原告の成年後見人になっておる。原告が自己の財産管理も行えない状態であったため、家族による生活支援が必要であるとして、実家から通える関東地区での復職を希望したことについて、裁判所は、「原告の食事、洗濯、金銭管理等の生活全般の支援をどうするかは本来的に家族内部で検討・解決すべき問題である」とし、「原告が挙げる理由は、原告の実姉が働いているのでその子供らの世話を実母A'がしなければならず、そのため実母A'は原告に同伴して転居することはできず、これに伴い原告も転居できないので現住所から通勤できる勤務地を求めるというものであり、家庭内の事情を優先した形で企業側に対応を求めている」と判断した。

これに対し、○公立大学法人事件では、障害者に対する配慮の必要性を認め、また、障害特性を踏まえた上で、解雇の有効性を判断している。

○公立大学法人事件<sup>228</sup>では、准教授として雇用されていた原告（アスペルガー症候群であることは採用後に告知）が、学内での問題行動を理由に解雇された件につき、裁判所は、被告側が原告は大学教員として必要な適格性を欠くとする主張には、「〔1〕原告の行為や態度には大学教員として問題があるものが存するため、原告は大学教員として必要な適格性を欠くという主張と、〔2〕上記の問題に対する対応を含め、被告が原告に対して行ってきた配慮は限界に達し、大学の組織運営にも支障を来すよ

---

作業に就かせればほどなく当該職務を通常の数度に行える健康状態になっていたとは認められず、また、原告が申し出たソフトウェア開発業務の技術職への異動についても、関連会社のソフトウェア開発部門に出向していた際には低評価を受けていたこと、総合職として携わる上では対人交渉能力が必要なことから、原告の健康状態でソフトウェア開発の業務が可能であったとは認められないと判断した。最終的に、「休職期間満了時、原告が被告において総合職3級の者が配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務を提供することができ、かつ、原告がその提供を申し出ていたとはいえず、「休職の事由が消滅」していたとは認められない」と判示されている。

<sup>226</sup> 東京地判平28年1月26日労経判2279号3頁。

<sup>227</sup> 原告は、採用された職務でのミスが続き、損害を発生させたとして、別の職務に異動になったところ、本人にとっては不本意な異動であったため、異動先では仕事をしない日が続く、使用者側が指導を繰り返すも改善されなかった。ある日、指導中に倒れ、原告がてんかんであることが判明した。その後も現場から原告が指示を守らないという報告があたため、臨床心理士の心理相談員が面談し、その意見を聴取し、周囲とのコミュニケーションについて指導したが、業務を行わないという勤務態度に改善が見られなかったため、指導書が交付された。結局、原告は出勤しなくなり欠勤扱いとなった。

<sup>228</sup> 京都地判平28年3月29日労判1146号65頁。

うになったため、原告は大学教員として必要な適格性を欠くという主張が含まれると解される」として、ここに示された2つの視点から解雇の有効性を判断している。

〔1〕について、「一連の原告の行為や態度については、（中略）アスペルガー症候群の特徴としてのこだわり、組織という文脈での状況理解の困難さなどに由来するものとみるべきである。そうすると、仮にそれらの行為や態度が客観的には当然に問題のあるものであったとしても、原告としては、的確な指摘を受けない限り、容易にその問題意識が理解できない可能性が高かったといえる」とし、たとえば、原告が生協職員の誤認に対し、声を荒げて抗議し、その場で生協職員に土下座と謝罪をさせるという行動を取ったことにつき、学長は原告の状況を見守るという方針を取っただけで、指導を実施するなどの積極的措置は何ら講じておらず、アスペルガー症候群の特性等を踏まえると、原告としては、自らの行動に問題があることを認識し、以後これを改善する機会を与えられることがなかったといわざるを得ないとしている。これを受けて、「少なくとも被告は問題があると考えているという指導ないし指摘が全くなされておらず、原告に改善の機会を与えられていない以上、原告には問題行動と見る余地のある行動を改善する可能性がなかったものと即断することはできない」とされている。

また、〔2〕について、障害者基本法19条2項では、「事業主は、障害者の雇用に関し、その有する能力を正当に評価し、適切な雇用の機会を確保するとともに、個々の障害者の特性に応じた適正な雇用管理を行うことによりその雇用の安定を図るよう努めなければならない」とされていること、なお、本件解雇当時は未施行であった障害者の雇用の促進等に関する法律36条の3の合理的配慮規定も含め、このような法の理念や趣旨を踏まえると、「障害者を雇用する事業者においては、障害者の障害の内容や程度に応じて一定の配慮をすべき場合も存することが予定されている」とされる。これを受けて、「大学としてアスペルガー症候群の教員を擁するのであれば、同教員に対する一定の配慮が必要となることは不可避」とであるとされた。そのため、大学側は解雇に至るまでに、原告が引き起こした問題の背景にアスペルガー症候群が存在することを前提として、解雇事由の判断を審査したり、原告に必要な配慮に関して、原告の主治医に問合せを行ったりしたことはなく、解雇以外に雇用を継続するための努力、例えば、アスペルガー症候群の労働者に適すると一般的に指摘されているジョブコーチ等の支援を含め、障害者に関連する法令の理念に沿うような具体的方策を検討した形跡すらなく、そのような状況をもって、原告に対して行ってきた配慮が被告の限界を超えていたと評価することは困難であるといわざるを得ないと判示された。

以上のように、日本では、合理的配慮が規定される以前から、一般労働法の下で、健康上の問題を抱える労働者が職務遂行において支障が生じている場合、就労可能な業務に配置するなどして、労働者の雇用を維持するための措置を取ることが、使用者に求められてきた。解雇や休職期間満了時の退職扱いの有効性を判断する際にも、これまで特に「障害者」という枠組みではなく、疾病や障害で職務能力が

低下した「労働者」という枠組みで、労働契約上の債務の本旨に従った労務の提供を行えるかどうかで判断されてきたといえる。その一方で、阪神バス（仮処分）事件や、原田学園事件、○公立大学事件など、障害者雇用枠での採用ではなく、中途障害者や採用後に障害者であることが明らかにされた場合でも、個々の障害の状況や特性に応じ、必要な配慮を使用者に求める判断もなされるようになってきている。ただし、日本電気事件では、合理的配慮について言及しながらも、アスペルガー症候群との診断を受けた原告に、社会性の改善がないことを理由に休職期間満了時点での退職扱いを認めている。身だしなみや周囲の人との関係といった点も含め、総合職として求められる能力を基準に判断されている。しかし、改正促進法の施行によって、使用者には障害者である労働者に対して合理的配慮を提供する義務が課されていることから、このような事例において、○公立大学事件のように、使用者側が、たとえば、ジョブコーチ等の支援を含め、アスペルガー症候群の特性等を踏まえた対応をしなかったことを問題として捉える判断がなされる可能性もあり、判断が変わることも考えられる。

## 2. 合理的配慮に関する先行研究と本稿で取り組む課題

前章では、2013年の促進法改正で導入された差別禁止と合理的配慮規定を確認し、すでに先行研究等で指摘されている問題点を挙げた。本節は、日本の合理的配慮の先行研究の状況を明らかにするとともに、本稿で取り組む合理的配慮にかかる課題について詳しく論じる。

### (1) 日本の促進法の下での合理的配慮に関する先行研究

日本でも雇用分野における合理的配慮の提供を義務化するため、様々な合理的配慮に関する研究が行われてきた。また、法改正により、合理的配慮義務が規定されたことに伴う、実務上の課題が確認され、法施行後はより具体的な配慮内容に関する研究がなされている<sup>229</sup>。

条約が成立する以前から、日本でもADA制定による影響を受けて、雇用上の障害者差別の禁止とその救済手段を設ける必要性が指摘され、障害者の雇用機会の平等を考える研究がなされてきた<sup>230</sup>。障害者にも「何ができるか」を重視した適正な能力の評価を行うこと、さらに評価に応じた平等な報酬が約束されていること等、公正な労働市場を維持するために、公平な機会と待遇を障害者に与えるような条件整備が必要であるとの指摘がなされている<sup>231</sup>。そこでは、「同じスタートラインに立つためには、外

<sup>229</sup> 長谷川 珠子「障害者雇用促進法と合理的配慮」法時 1081 号（2015）68 頁，同・前掲注 189，15 頁，同・前掲注 146，25 頁，永野 仁美（2014）・前掲注 57，4 頁，富永 晃一・前掲注 198，27 頁，石崎 由希子・前掲注 168，20 頁，など。

<sup>230</sup> 荒木 兵一郎ほか編『講座 障害を持つ人の人権（2）社会参加と機会の平等』（有斐閣，1999）168-252 頁。

<sup>231</sup> 荒木 兵一郎ほか編・同上，190-191 頁。

部環境によって負わされる社会的不利益を軽減緩和し、事実上の条件を均衡化させることが必要である<sup>232</sup>」とし、機会均等の枠組みから考える合理的配慮の必要性が議論されている。

また、条約成立後は、日本にも障害差別禁止法制の必要が論じられる中で、海外の法制度を中心に合理的配慮の研究がなされてきた<sup>233</sup>。

その後、2013年の促進法改正で、雇用分野における合理的配慮が規定され、配慮指針も整ったことから、促進法の下での合理的配慮義務の検討を行う研究が見られる<sup>234</sup>。

合理的配慮にかかる先行研究は、大きく、その概念を明らかにする理論的研究と、実践的な立場からの研究の2つに分けられる。理論的研究では、合理的配慮義務の考え方（個別性、多様性のあるもの、過重な負担でない範囲で行われるもの）、手続き面での運用、紛争解決の仕組みなど、概要が説明され、日本の合理的配慮規定の問題点等が指摘されている。

永野 仁美ほか編『詳説 障害者雇用促進法』では、促進法の解説に加え、合理的配慮規定を含む差別禁止原則の理論的解説がなされている。たとえば、海外との比較において、促進法では、合理的配慮の不提供を差別と規定していないこと、不提供による義務違反の効果や、当事者の配慮を求める権利の存否がかならずしも明確でないことが、特徴として挙げられている<sup>235</sup>。また、職務能力と合理的配慮の関係に着目し、合理的配慮の義務の範囲について独自の視点から議論を展開している<sup>236</sup>。本書は、促進法の解説や海外の法制度の紹介にとどまらず、日本の一般労働法の下での労働契約上の配慮義務や、障害者雇用における各企業の取組みなど、すでに日本の中で合理的配慮とみなし得るものが存在していることを指摘している<sup>237</sup>。

他方、合理的配慮の研究として、雇用分野に限らず、社会構造によって様々な制約を受ける人の参加を阻害している障壁を取り除くものという観点からアプローチしているものとして、川島 聡ほか『合

---

<sup>232</sup> 荒木 兵一郎ほか編・同上、177頁。

<sup>233</sup> 外国の差別禁止法制や合理的配慮の在り方の研究を含めると、多くの研究が蓄積されている。ドイツ法に関して、廣田 久美子「障害者雇用保障に関する法的課題—ドイツ重度障害者法を中心に」九大法学 83号（2001）277頁、小西 啓文「ドイツ障害者雇用政策における合理的配慮の展開」季労 235号（2011）14頁など。フランス法に関して、永野 仁美「フランスの障害者雇用政策」季労 225号（2009）58頁、同『障害者の雇用と所得保障』（信山社、2013）、大曾根 寛「フランスにおける障害者の権利に関する新しい法律（2005年）と障害者のための労働政策」放送大学研究年報 32号（2014）1頁など。（独）高齢・障害者雇用支援機構障害者総合センター「欧米諸国における障害者権利条約批准に向けた取り組み」（資料シリーズ No. 42）（2008）、同センター編『欧米における障害者雇用差別禁止法制度 第2分冊：ドイツ・フランス・EU編』（資料シリーズ No.73-2）（2013）ほか。

<sup>234</sup> 前章「4（3）（エ）合理的配慮について」を参照。

<sup>235</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129、213-214頁。

<sup>236</sup> 永野 仁美ほか編・同上、227-228頁。配置可能性の低下がわずかな場合（合理的配慮を提供すれば80%の能力に達する場合）、使用者は合理的配慮の提供義務を負い、たとえば、職務遂行できない唯一の職務に配置しないことが合理的配慮となり得るとされている。

<sup>237</sup> 永野 仁美ほか編・同上、215-220頁。



理的配慮——対話を開く，対話が拓く』がある<sup>238</sup>。本書では，合理的配慮は，あらゆる人々が自分の能力を発揮することのできる「公正な社会」を追求するために必要なものとされている<sup>239</sup>。注目すべきは，このような視点から，促進法の合理的配慮の基礎にあるものは，「障害者の能力発揮を阻害している要因を取り除くものであり，それによって均等な雇用機会が実現されるという考え方<sup>240</sup>」としていることにある。合理的配慮は特定の人々が能力を発揮できない環境を変更・調整して機会均等を実現するもので，障害者を特別に優遇するためのものではない，「本質的な能力」そのものには立ち入らない範囲で提供すべきものと位置づけている<sup>241</sup>。合理的配慮として提供する具体的内容に入る前に，その考え方を提示した研究として評価できる。

一方で，法施行後は，このような理論的解釈よりもむしろ，実践的な取組みを合理的配慮として紹介する研究が進んでいるように見える。積極的に障害者雇用に取り組んできたとされる企業の取組みに着目した研究が，合理的配慮の研究として紹介されている。

就労支援の実践から，合理的配慮を考える場合，既存業務の切片化，手順の明確化などによる職務設計に重点を置いたものとして，眞保 智子『障害者雇用の実務と就労支援』がある<sup>242</sup>。合理的配慮提供と障害者採用のプロセスを連動させ，採用の段階から，障害者と仕事や職場環境の適合性を相互的に判断して，何が必要なのかを話し合いの中で明らかにしていくことを重視している。主には，事業者に向けて，合理的配慮内容を特定するには，どのような視点が必要なのか，また，そのためのツールや実際の事例を紹介している。たとえば，支援機関から当該障害者に関する情報を提供してもらう情報提供シート，インターンシップ（実習）での観察シート，採用にあたっての配慮事項記録シート，障害のある社員への配慮事項記録シートのフォーマット，及び，障害種別ごとのサンプルが提示されている<sup>243</sup>。障害者雇用の実践を通じて，これまで企業で蓄積されてきた職場定着のためのプロセスと人的資源管理方法を組み合わせて，合理的配慮を論じている。

また，促進法の下で求められる合理的配慮義務の概要を示した上で，合理的配慮の提供において障害特性を把握することの重要性を指摘し，障害に対応した職場における配慮を研究したものとして，朝日 雅也ほか編『障害者雇用における合理的配慮』がある<sup>244</sup>。障害者雇用における配慮として，「配置の前に，障害者雇用を進めるうえでは，事前に職場の選定や業務の切り出しが必要」とされ，「障がいのある人にとっても，自らの仕事を通して，その職場に貢献していると感じられるか，という視点で，業務

---

<sup>238</sup> 前掲注 127。

<sup>239</sup> 西倉 実希＝飯野 由里子「障害法から普遍的理念へ」川島 聡ほか・前掲注 127，196－197 頁。

<sup>240</sup> 星加 良司「合理的配慮と能力評価」川島 聡ほか・前掲注 127，95 頁。

<sup>241</sup> 星加 良司・同上，96 頁。

<sup>242</sup> 眞保 智子『障害者雇用の実務と就労支援』（日本法令，2017）。

<sup>243</sup> 眞保 智子・同上，108－153 頁。

<sup>244</sup> 朝日 雅也ほか編『障害者雇用における合理的配慮』（中央経済社，2017）。

の切り出しを進めていくことが必要」と論じられている<sup>245</sup>。これまで企業で実践してきた障害者雇用の成功例をもとに、職場定着、仕事を通じた成長と雇用継続という障害者の雇用管理を考える上でのポイントを示している<sup>246</sup>。また、障害特性の理解が合理的配慮には必要という認識から、肢体不自由、視覚障害、聴覚・言語障害、知的障害、精神障害、発達障害、高次脳機能障害と失語症に分けて、それぞれの特徴を挙げ、具体的な配慮内容を例示している<sup>247</sup>。それぞれの障害の定義や特性に着目して、「できないこと」、「制限を受けていること」にやや重点が置かれているように感じられるものの、障害の特性、症状と対応させて、配慮事例を示している<sup>248</sup>。

以上のように、促進法の下での合理的配慮について、法施行後は、どのような配慮をすれば良いのか、どうすれば障害者雇用がうまくいくのかといった事業者向けの説明が多いといえる。促進法上、合理的配慮義務と差別禁止は独立して規定されていることもあり、差別禁止とは切り離された形で合理的配慮が論じられ易い。そのため、どちらかといえば、これまでの障害者雇用の実践に紐づけて合理的配慮の具体的内容を導く傾向がある。これまで障害者の能力を生かし雇用を継続させるために取り組んできた企業の実践を研究し、合理的配慮として紹介している。

これらを踏まえると、日本の労働市場で、いかに均等な機会や待遇を確保するかといった視点から合理的配慮にアプローチする研究が必要となると考えられる。また、合理的配慮に関する理論的な研究はあるものの、法施行後は実践的な取組みに注目が集まっており、促進法の合理的配慮規定に関して、理論的な法解釈に関する研究が尽くされたとはいえない状況である。

## (2) 本稿の合理的配慮にかかる研究の視点

促進法の下での合理的配慮義務について、前章ですでに指摘されている問題点を取り上げた<sup>249</sup>。本項では、本稿で取り組む合理的配慮の課題を明らかにするために、先行研究で指摘されている合理的配慮の課題に加え、独自の問題提起も行う。

本稿では、合理的配慮の提供義務の範囲について明らかにすることを、重要な課題であると捉えており、先行研究でもそのような意味を含んだ問題提起がなされている。先行研究で指摘された合理的配慮にかかる課題の中で、本稿で重視しているのは、以下の3点である。

<sup>245</sup> 朝日 雅也ほか編・同上、49-50 頁。

<sup>246</sup> 朝日 雅也ほか編・同上、44-60 頁（第3章2）。

<sup>247</sup> 朝日 雅也ほか編・同上、74-167 頁（第4章）。

<sup>248</sup> しかし、障害による症状を洗い出し、その対応方法を配慮として説明しているため、配慮が職場にある障壁を除去するものであるという視点は薄くなっている（朝日 雅也ほか編・前掲注 244、160-164 頁にある表は特にこの傾向が顕著である）。

<sup>249</sup> 前章「4 (3) (エ)合理的配慮について」を参照。

第1に、最も重要な指摘と考えているのは、促進法の下では、合理的配慮の結果としての異なる取扱いが法違反とならないとする差別指針の解釈があるため、実際には合理的配慮を受けることで、障害者が不利な処遇にとどめられるなど、不利益取扱いに結びつく可能性があることである<sup>250</sup>。たとえば、障害者に遂行可能な業務を切り出し、当該業務専門で雇用するため、障害者でない者より低い処遇となる、もしくは、従前の職務と同等の処遇が妥当する職務への配置転換では職務遂行が難しい障害者の雇用を維持するために、処遇の引き下げを伴う業務に変更する、など、有利な取扱いではあるものの、一定の不利益も伴うものをどのように調整するかというのは、日本の合理的配慮の重要な課題であろう<sup>251</sup>。

第2に、これまで解雇権濫用法理や安全配慮義務の下で発展してきた様々な配慮義務と、合理的配慮義務の関係を整理しなければならないこと、さらに、合理的配慮は、既存の契約解釈から導かれる範囲にとどまるのか、その解釈を拡大し、これまでよりも広い範囲で提供する必要があるのかを明らかにすることも、本稿では検討課題とする。

第3に、これまでに行われてきた雇用促進のための取組みが実際に合理的配慮となり得るのか、これらは合理的配慮どのような対応関係にあるのかを明らかにする必要がある<sup>252</sup>。合理的配慮にかかる行政解釈や、先行研究で紹介されている配慮内容には、雇用率制度の下で行われてきた取組みが含まれているように思われるため、それらの取組みと合理的配慮の関係の整理が必要である。実際に、合理的配慮の内容を個別に検討する際の参考として、事業主が実際に取り組んでいる事例を収集した事例集が作成されている<sup>253</sup>。障害者雇用の実践においてこれまでに蓄積された様々な事例を紹介することは実用の観点から有用であるものの、新たに合理的配慮が導入されたことにより講ずべき内容、たとえば、均等な機会または待遇の確保を十分に含んでいるかという観点からは、検討が必要である。

これらの課題に取り組むにあたり、本稿では、日本の合理的配慮の概念を明らかにすることが最も重要であると考えている。

---

<sup>250</sup> 石崎 由希子・前掲注 168, 25 頁。

<sup>251</sup> 障害者であることを理由に特定の仕事を割り当てることを差別として禁止している一方で、「合理的配慮として、障害者本人の障害特性や労働能力、適性等を考慮して特定の仕事を割り当てる場合を除く」（解釈通知第 2, 2(5)ト）とされる。

<sup>252</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 217 頁。

<sup>253</sup> 厚労省「合理的配慮指針事例集【第三版】」（以下、「事例集【第三版】」という）

（<http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11600000-Shokugyouanteikyoku/0000093954.pdf>, 2017/4/6 最終閲覧）。これは、全国の都道府県労働局・ハローワーク、独立行政法人高齢・障害・求職者雇用支援機構等を通じて、事業主が実際に取り組んでいる事例を収集したものである。

職務限定のない労働契約を中核に置く日本的雇用システムの下で、通常、労働契約上職務が限定されている欧米での議論をそのまま採用することは適切ではなく、日本独自の合理的配慮概念を構築する必要があるとされている<sup>254</sup>。

促進法の合理的配慮規定が差別禁止規定と同時に導入された経緯や条文からは、障害者と障害者でない者との間の均等な機会及び待遇の確保を重視する意図が読み取れる。これは、障害者用の雇用枠を設けて、障害者の雇用を促進してきた考え方とは異なり、障害者と障害者でない者との間にある不均衡（差別）を是正し、平等取扱いを求める、「雇用平等」の概念を含んでいると本稿では捉えている。しかしながら、雇用率制度が長い間、日本の障害者雇用政策の中心であったために、その影響は強いと考えられる。条文にも、募集、採用時と採用後の合理的配慮規定では、「有効な能力の発揮」が含まれているか否かの違いがあり、採用後の合理的配慮の目的は、均等な待遇の確保に限らず、「能力の有効な発揮」も含み得る。「能力の有効な発揮」の実現を目的とする日本の合理的配慮には、「雇用平等」だけではなく、別の概念を含み得ると予想できる。

一方、日本の合理的配慮にかかる研究において、法解釈論的なアプローチからの理論研究が十分に尽くされたといえる状況ではない。たとえば、条文解釈にしても、募集、採用段階では、障害者からの「申出」を求めることが、採用後の配慮との違いとして指摘され、その理由について、募集、採用段階において事業主が障害者の障害状況を知らないことがいわれているが、もう1つ、採用時と採用後の違いとして、「障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善する」ことの有無が、具体的な措置内容にどう影響するのかについては論じられていない<sup>255</sup>。

また、先行研究の中には、「合理的配慮は差別禁止の枠組みで解すべきものである<sup>256</sup>」という視点から、「あまりに不十分な職務遂行しかできない場合には、合理的配慮の議論に乗せるべきではなく、雇用義務制度の中で対応すべき<sup>257</sup>」とする指摘と、これまでの雇用率制度の下で行われてきた取組みを合理的配慮として評価する動きが混在しており<sup>258</sup>、何を合理的配慮とするのかについて、促進法の条文を根拠とする解釈論からの整理が必要といえる。

---

<sup>254</sup> 長谷川珠子・前掲注 189, 15 頁。

<sup>255</sup> DPI 日本会議編『合理的配慮，差別的取扱いとは何か』（解放出版社，2016）99 頁〔永野 仁美〕，池原 毅和・前掲注 145, 11 頁。

<sup>256</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 227 頁。

<sup>257</sup> 永野 仁美ほか編・同上。

<sup>258</sup> 永野 仁美ほか編（前掲注 129）の中にも、差別禁止の枠組みで合理的配慮を捉える見解と、これまでの雇用率制度の下での取組みも十分に合理的配慮に値するという見解が示されているが、本稿では、条文解釈から両者について十分な説明がなされていないのではないかと考えている。

促進法の合理的配慮規定には、不確定概念が伴い、日本の法体系全体との整合性や、法律の文言の通常の用語法を尊重した法の解釈作業が必要とされ、法解釈アプローチの必要性が指摘されている<sup>259</sup>。合理的配慮規定だけではなく、障害者の範囲の広さ・明確化、法的救済の根拠規定の整備など日本の障害者差別禁止法全体に多くの課題があり<sup>260</sup>、合理的配慮規定を含めた法解釈論が必要な状況にある。したがって、本稿では、そのような研究の必要性も踏まえ、合理的配慮の理論的研究に取り組むことにする。

### 3. 比較対象国の選定

2013年の促進法改正で規定された合理的配慮について、前節で取り上げた課題に取り組むため、本稿ではアメリカを比較対象国とする。日本の合理的配慮が従来の障害者雇用政策の影響を受けるとしても、本稿では、均等な機会や待遇を実現するための手段としての合理的配慮の機能を重視すべきと考えている。本節では、アメリカを比較対象国として選んだ理由について述べ、日本のアメリカ法の先行研究の状況を紹介する。

#### (1) アメリカを比較対象国とする理由

本項では、日本の合理的配慮について検討する上で、合理的配慮によってもたらされる「均等な機会」もしくは「均等な待遇」の確保という「雇用平等」の機能を重視する本稿のスタンスを明らかにする。その上で、アメリカの合理的配慮にかかる法制度について概観し、平等の観点から合理的配慮を捉えるには、アメリカが比較対象国として適当であることを説明する。

前説で述べたように、日本では、雇用促進のための取組みを含む、広い範囲の合理的配慮が求められるのかどうかを明らかにする必要がある。日本では雇用率制度を中心とする障害者雇用政策が進められてきたため、雇用促進に向けた取組みの影響が大きいと考えられる。合理的配慮を提供する上でも、これまで雇用率制度の下で行われてきた取組みが尊重されることも予想される。しかし、雇用促進的な取組みは、平等を損なうという側面もあると考えられる。

日本の障害者雇用においても、差別禁止規定と合理的配慮の提供義務の導入により、雇用平等の実現が期待されているといえる。合理的配慮規定（促進法 36 条の 2、36 条の 3）には、障害者と障害者でない者との「均等な機会」もしくは「均等な待遇」確保が、明示的に含まれている。このことから、日本でも、均等な機会もしくは待遇の確保という平等規範が、合理的配慮の根底にあると考えている。したがって、本稿では、障害者雇用政策の大きな転換点となった差別禁止法理の導入の趣旨にのっとり、

---

<sup>259</sup> 川島 聡＝菊池 馨実・前掲注 125, 267 頁。

<sup>260</sup> 長谷川 聡＝長谷川 珠子・前掲注 126, 136-139 頁。

障害者への均等な機会や待遇の確保という「雇用平等」平等を重視するという価値判断に基づき、合理的配慮について検討する。

そのようなスタンスから、雇用平等の考え方に立脚しているアメリカの合理的配慮を研究対象とする。アメリカは、障害に関わる問題を人権問題として捉え、世界に先駆けて、民間の事業者に対しても障害差別を禁止する法律を制定した。1990年に成立した「障害を持つアメリカ人法（The American with Disability Act of 1990）」（以下、「ADA」という。）は、条約成立にも影響を与えたとされる。障害問題に差別禁止の観点から取り組む姿勢を示したことは、多くの国や地域に影響を与えた<sup>261</sup>。日本でも、ADAの成立は一定の注目を集め、障害差別禁止法の制定を求める動きにつながった<sup>262</sup>。アメリカの合理的配慮規定を含む差別禁止法制は、日本の法理論にも多くの影響を与えている<sup>263</sup>。

アメリカでは、宗教差別の文脈から生まれた合理的配慮の概念を、障害分野に拡張し、ADAでも、合理的配慮の提供を義務づけている。ADAでは、第1編（雇用分野）<sup>264</sup>で、「過度の負担」（undue hardship）とならない限り、ADAの適用を受ける団体<sup>265</sup>（以下、「適用団体」という）が適格性を有する者に合理的配慮をしないことは差別となる（42 U.S.C. §12112(b)(5)(A)<sup>266</sup>）。合理的配慮の必要を理由に応募者や従業員に雇用機会を与えないことも障害に基づく差別とされる（§12112(b)(5)(B)）<sup>267</sup>。

合理的配慮には、障害を持つ個人が、従業員が使用する既存の施設を容易に利用できるようにすること、職務の再編成、パートタイム化または勤務スケジュールの変更、空きのあるポジションへの配置転換、機器や装置の購入・変更、資格を持つ朗読者もしくは手話通訳の提供、及び障害を持つ個人への他の類似の配慮が含まれるとしている（§12111(9)）<sup>268</sup>。

---

<sup>261</sup> 1990年にアメリカで障害を持つ人への差別を禁止する法律が制定されてから、1992年にオーストラリア（The Commonwealth Disability Discrimination Act 1992）、1995年にイギリス（Disability Discrimination Act）（2010年からは Equality Act）、2000年には、EU指令が成立している。

<sup>262</sup> 前掲注 230 及び応答する本文参照。

<sup>263</sup> 後掲注 275 及び応答する本文参照。

<sup>264</sup> 公法で ADA は、第1編（雇用分野）、第2編（公的サービス）、第3編（民間事業体の運営する公共的施設及びサービス）、第4編（テレコミュニケーションサービス）、第5編（雑則）で構成されている。本稿では、雇用分野で適用される ADA を特定するため、「ADA 第1編」という呼び方を用いる。条文番号は、合衆国法典（United States Codes (U.S.C.)）を用いる（後掲注 266）。

<sup>265</sup> 15人以上の従業員を有する使用者（42 U.S.C. §12111(5)）、職業紹介所、労働組合、労使委員会（an employer, employment agency, labor organization, or joint labor-management committee）である（42 U.S.C. §12111(2)）。

<sup>266</sup> ADAの条文番号は、公法と合衆国法典（United States Codes (U.S.C.)）のどちらも使用される。本稿では、U.S.C.を用いる。なお、ADAに関して42 U.S.C.は以下省略する。

<sup>267</sup> 長谷川珠子「差別禁止法における「障害」（disability）の定義—障害をもつアメリカ人法（ADA）の2008年改正を参考に—」季労 225号（2009）41-42頁。

<sup>268</sup> §12111(9)はあくまで例示にすぎず、個別の事案ごとに内容が決定される。

ADA で禁止されている差別の被害を受けたと思う者は、使用者に対して雇用差別に関する訴訟を提起する前に、まず雇用機会均等委員会<sup>269</sup> (Equal Employment Opportunity Commission) (以下、「EEOC」という。)に差別の申立て (Charge) を行わなければならない<sup>270</sup>。EEOC に法違反の事実を申し立てると、EEOC による紛争解決に向けた行政手続が開始する<sup>271</sup>。差別被害を受けたと思う個人が民事訴訟を提起するにあたっては、EEOC より訴権付与状 (Right to Sue Letter/Notice of Right to Sue) を得なければならない<sup>272</sup>。合理的配慮の不提供に関しても EEOC への申立てもしくは民事訴訟による解決が図られることになる。

アメリカでは ADA 第 1 編の対象となるような民間企業を対象とする雇用率制度がなく<sup>273</sup>、差別禁止によって障害を持つ個人と障害のない個人との間の機会均等を実現しようとしている。ADA の目的は、差別や偏見により排除されている状況を、法的に差別を禁止することで改善し、均等な機会を与えることである<sup>274</sup>。本稿の目的である合理的配慮とは何か、その配慮の必要性や合理性はどのように判断すればよいのかを明確にするためには、労働政策的な観点から考慮される点が相対的に少ないアメリカの合理的配慮が、より一般的に合理的配慮の位置づけを考えるのに適している。

また、アメリカでは、EEOC への申立てを経て、最終的には民事訴訟による解決が図られる。したがって、合理的配慮にかかる判例の数も多い。これらを踏まえ、アメリカを比較研究の対象とする。

---

<sup>269</sup> 1964 年の公民権法第 7 編をはじめとする一連の雇用差別禁止法を実施するための機関として設置された (公民権法 42 U.S.C. 2000e-4)。特に障害の分野に関しては、EEOC は ADA 第 1 編 (雇用分野) と第 5 編 (雑則) の施行に責任を持つ機関である。。

<sup>270</sup> EEOC, Filing A Charge of Discrimination, <http://www.eeoc.gov/employees/charge.cfm> (last visited 2014/8/19). 差別の被害を受けたと思う者は、適用団体に対して訴訟を提起する前に、EEOC へ申立てを行う必要がある。

<sup>271</sup> 1972 年均等雇用機会法 (Equal Employment Opportunity Act of 1972) までは EEOC に民間の使用人を訴追する権限が与えられていなかったため、EEOC は公民権法第 7 編に基づく差別違反の事例について事実調査を行い、差別が認められる場合、当事者と協議し、差別的慣行を改めさせるよう説得するしかなかった (相澤美智子『雇用差別への法的挑戦』(創文社、2012) 101-102, 125, 194-195 頁)。

<sup>272</sup> 前掲注 270。

<sup>273</sup> ADA の下では、法律で障害差別を禁止することで、就労を希望する障害を持つ個人が仕事を得られるようになることを期待していた。リハ法の下では、連邦機関に対してアファーマティブ・アクションの実施を求めていたが、2014 年にはさらに強化され、連邦政府と 10,000 万ドル以上の契約を締結する事業者にも障害を持つ個人を積極的に雇用するためのアファーマティブ・アクションの実施を求め、一応の数値目標が設定されている。また、2017 年には、連邦機関がアファーマティブ・アクションを実施する上での目標として、EEOC が連邦規則の中で、障害を持つ個人が従業員の中で占める割合 (目標数値) を明確に示している (第 4 章「2 (1) (ア)アメリカでは使用者一般を対象とした割当雇用制度は存在しない、雇用慣行として職務ベースの雇用管理が行われている、基本的には解雇自由である」を参照)。

<sup>274</sup> ADA の詳細については、第 3 章を参照。

## (2) ADA の合理的配慮に関する日本の先行研究

アメリカを比較対象国とし、ADA 第 1 編の合理的配慮を検討、分析するにあたって、日本の先行研究の状況を確認する。なお、アメリカの差別禁止法の歴史、ADA 成立の経緯、法の趣旨、「障害」や「差別」の定義、合理的配慮にかかる法制度、禁止されている差別を受けた場合の救済手続きや内容など、ADA 研究は多数存在する<sup>275</sup>。それらの先行研究の中で、雇用分野における合理的配慮についてどのような研究、分析がなされているかに着目する。以下では、高齢・障害・求職者支援機構障害者職業総合センターによる調査・研究について取り上げた上で、ADA 第 1 編に基づく合理的配慮の先行研究の状況を、労働法分野と憲法分野に分けて確認する。

### (ア) 高齢・障害・求職者支援機構障害者職業総合センターによる調査・研究等

高齢・障害・求職者支援機構障害者職業総合センターでは、体系的に各国の合理的配慮ならびに障害者雇用に関する法制度を調査研究報告として取りまとめており<sup>276</sup>、ADA に基づき労働市場で合理的配慮として要請されるものについて、その内容及び判例の動向を紹介している。同センターから出版されている「欧米の障害者雇用法制及び施策の現状」（資料シリーズ No.58, 2011 年 3 月）、「欧米の障害者雇用法制及び施策の動向と課題」（調査研究報告書 No.110, 2012 年 4 月）では、アメリカの調査を長谷川珠子氏が担当され、2008 年の ADA 改正や保護雇用に至るまで幅広く障害者の就労に係る法制度が記載されている。なお、ADA の法令をはじめ、EEOC が作成した ADA に係るガイダンスを日本語に訳した「欧米における障害者雇用差別禁止法制度第 1 分冊：アメリカ・イギリス編」が発行されており、合理的配慮 6 事例を含む関連判例が紹介されている<sup>277</sup>。

<sup>275</sup> 小石原 尉郎『障害差別禁止の法理論』（信山社，1994），河野 正輝＝関川 芳孝編『講座 障害をもつ人の人権〈1〉権利保障のシステム』（有斐閣，2002），森戸 英幸＝水町 勇一郎編『差別禁止法の新展開－ダイヴァーシティの実現を目指して』（日本評論社，2008），所 浩代「アメリカの障害者雇用政策－障害者差別禁止法（ADA）の成果と課題」海外社会保障 171 号（2010）62 頁，同「雇用における健康情報収集規制の法理－アメリカ障害差別禁止法（ADA）からの示唆」労旬 1679 号（2008）37 頁，永野 秀雄「障害のあるアメリカ人法における「精神的障害をもつ人」に対する雇用差別規制法理」法志 98(1)号（2001）41 頁，同「アメリカの障害者雇用」労旬 1696 号（2009）32 頁，畑井 清隆「障害を持つアメリカ人法の差別禁止法としての特徴」労研 578 号（2008）53 頁，長谷川 珠子「差別禁止法における「障害」（disability）の定義－障害をもつアメリカ人法（ADA）の 2008 年改正を参考に－」季労 225 号（2009）40 頁，など。平成 23 年度内閣府委託報告書「障害者差別禁止制度に関する国際調査」，平成 25 年度内閣府委託報告書「障害者権利条約の国内モニタリングに関する国際調査報告書」の中でも，調査対象国にアメリカが含まれており，ADA にかかる調査がなされている。なお，本文で取り上げる先行研究については，以下，本項（ア）（イ）（ウ）の注をそれぞれ参照のこと。

<sup>276</sup> 「合理的配慮」に関する研究・前掲注 2。

<sup>277</sup> （独）高齢・障害・求職者雇用支援機構障害者職業総合センター編『欧米における障害者雇用差別禁止法制度 第 1 分冊：アメリカ・イギリス編』（No.73-2, 2013 年 3 月），275-284 頁（以下，「差別禁止法制度 第 1 分冊」という。）。



同センターの調査研究で扱われている ADA に関する内容の多くは、法律上の規定及び EEOC が作成した ADA 規則及び EEOC 指針<sup>278</sup>、JAN<sup>279</sup>で提供されている合理的配慮に関する情報によるものである。そこから、合理的配慮の定義、アファーマティブ・アクションとの相違点、合理的配慮の対象者、合理的配慮決定のプロセス、合理的配慮の実施に関する制限等に至るまで、ADA の合理的配慮の特徴について詳細な調査報告がなされており、制度の全般的理解に役立つ有効な資料である<sup>280</sup>。

また、「『合理的配慮』に関する研究」では、個別に、職務の再編成、配置転換、在宅就労等について、それぞれ合理的配慮として提供する際に検討すべき事項が紹介され、合理的配慮に該当しない配慮も論じられている。ただし、ADA の合理的配慮に関する判例については、雇用分野と教育分野での合理的配慮に関する判例の概要が時系列で紹介されているだけで<sup>281</sup>、個々の判例への評価がなされているわけではない。配慮について判例からの検討がなされず、全体として法律上の規定、連邦規則や EEOC の作成したガイダンスに基づく解釈を中心に紹介しているため、結果として、裁判所による見解よりも、EEOC 側の見解が中心となっている<sup>282</sup>。

合理的配慮に関する調査報告書は、日本でまだ合理的配慮規定が明文化されていない時期に作成されたものであるが、「障害者の権利条約における合理的配慮の範囲の設定が各締約国に委ねられている点に着目し、今後の締約国での取扱いについて比較検討することが考えられる。労働施策全体における障害者雇用の位置づけにも関連するだけに、雇用・就業の分野における合理的配慮の本質の検討は、対象となる障害の範囲等も加えて障害差別禁止法制下での障害者雇用促進策のあり方を考える上で重要である」との指摘がなされている<sup>283</sup>。

#### (イ) 労働法分野からの合理的配慮研究

これまで日本の差別禁止法制の必要性を考える上で、ADA 第 1 編（雇用分野）を参考にした議論がなされてきた<sup>284</sup>。

ADA 第 1 編に基づく合理的配慮義務に関しても、過度な負担、配慮の請求権を有する者、救済手続きやその内容、EEOC の役割、合理的配慮を行う適用団体に対する補助など、基本的な法制度に加え、

---

<sup>278</sup> 後掲注 333 参照。

<sup>279</sup> 後掲注 1214 参照。

<sup>280</sup> 「合理的配慮」に関する研究・前掲注 2、67-93 頁。

<sup>281</sup> 「合理的配慮」に関する研究・同上、76-83 頁。

<sup>282</sup> 本報告書は、各省庁及び関連機関の合理的配慮に関する施策を中心に紹介しており、司法の場で問題となる合理的配慮よりも施策上の課題を研究の対象としている。

<sup>283</sup> 「合理的配慮」に関する研究・前掲注 2、169-170 頁。

<sup>284</sup> 荒木 兵一郎ほか編・前掲注 230、188-195 頁、中川 純「障害者に対する雇用上の「便宜的措置義務」とその制約法理 アメリカ・カナダの比較研究（一）～（五）」北海学園 39 巻 2 号（2003）185 頁、40 巻 2 号（2004）267 頁、41 巻 4 号（2006）771 頁、43 巻 1 号（2007）79 頁、43 巻 2 号（2007）403 頁、長谷川 珠子「日本における障害を理由とする雇用差別禁止法制定の可能性－障害をもつアメリカ人法（ADA）からの示唆」労研 571 号（2008）68 頁、など。

EEOC による法令解釈、判例研究等がなされてきたといえる<sup>285</sup>。また、宗教分野における合理的配慮とそれに関連する判例、性差別の分野から発生した休暇制度（FMLA<sup>286</sup>）など、障害分野の合理的配慮に関連する法制度についても、すでに先行研究で扱われている<sup>287</sup>。

ADA の合理的配慮にかかる判例分析に関しては、合理的配慮と過度な負担に関する解釈の問題を指摘しつつ、アメリカで 1973 年に成立したリハビリテーション法（The Rehabilitation Act of 1973）（以下、「リハ法」という。）との連続性を踏まえたもの<sup>288</sup>、さらに、配置転換や休職など、配慮の類型別にその動向が分析されたものなどがある<sup>289</sup>。すでに主要な裁判例は紹介されており、配慮の「合理性」をめぐる問題という点でも、Barnett 判決<sup>290</sup>で判示された連邦最高裁による合理的配慮の解釈、Vande Zande 判決<sup>291</sup>で用いられた費用対効果分析などが取り上げられている<sup>292</sup>。

たとえば、Vande Zande 判決で、EEOC は ADA では合理的配慮の唯一の限界として過度の負担の抗弁が認められていることを根拠に、合理性判断に配慮にかかるコストはかかわってこないとしているのに対し、裁判所は、配慮の効果と比較して費用のかかりすぎる配慮は合理性を欠くため、そのような配慮を提供する必要はないと判断していることを受けて<sup>293</sup>、本判決で、費用対便益分析という判断枠組みが示され、配慮の合理性判断に配慮にかかる費用を含めることが明確に示されたと指摘されている<sup>294</sup>。また、Vande Zande 判決と同様に、配慮の合理性判断で費用対便益分析を用いたものとして、

---

<sup>285</sup> アメリカの合理的配慮を包括的に研究しているものとして、長谷川 珠子「「雇用差別」と「合理性」－「合理的便宜」概念と雇用差別に対する新たなアプローチ」博士論文（東北大学、2005）がある。また、所 浩代『精神疾患と障害差別禁止法～雇用・労働分野における日米法比較研究』（旬報社、2015）は、精神障害に焦点を当てて分析しているものの、合理的配慮とその周辺の要素も含め、包括的な研究といえる。

<sup>286</sup> Family and Medical Leave Act (29 U.S.C.S. § 2601)については、第 3 章「5 (4) 会社の休職（休暇）制度や FMLA に基づく休職と配慮の関係」を参照。FMLA に基づく休暇制度は、女性労働者への不利益の除去という文脈でも語られるが、障害を持つ労働者にとっても、有用なものである。

<sup>287</sup> 所 浩代・前掲注 285、40-42 頁。

<sup>288</sup> 矢嶋 里絵「アメリカの障害者法と判例」人文学報・社会福祉学 10 号（1994）151 頁、同「ADA 成立から 10 年－裁判事例をみる」週刊社会保障 54 巻 2111 号（2000）24 頁。

<sup>289</sup> 柳原 由以「障害者に対する合理的配慮－アメリカの雇用分野の判例を踏まえて－」季刊福祉労働 142 号（2014）133-146 頁。

<sup>290</sup> 後掲注 398 参照。

<sup>291</sup> 後掲注 598 参照。

<sup>292</sup> 長谷川 珠子（博士論文）・前掲注 285、71-72 頁（Barnett 判決）、73-74 頁（Vande Zande 判決）。所 浩代・前掲注 285、145-149 頁（Barnett 判決）、149-150 頁（Vande Zande 判決）。その他の合理的配慮義務にかかる主要な裁判例について、精神障害を切り口に、勤務時間の短縮（所定労働時間の短縮、時間外労働の免除、パート・タイムへの変更）、シフトの調整、配置転換（人間関係のストレスの緩和を含む）、在宅就労、休暇の付与、障害のある家族の介護に分類して、裁判所の判断を紹介している（所 浩代・同上、136-153 頁）。

<sup>293</sup> 長谷川 珠子（博士論文）・前掲注 285、71-76 頁、同「障害を理由とする差別」法時 980 号（2007）50 頁。

<sup>294</sup> 長谷川 珠子（博士論文）・同上、75-76 頁。

Borkowski 判決<sup>295</sup>が取り上げられ<sup>296</sup>、配慮に係る費用が便益を上回る場合は、合理的ではないとする考え方が、アメリカの合理性判断の基準として紹介されている<sup>297</sup>。ちなみに、同じ Vande Zande 判決でも、精神障害を切り口として、在宅就労という配慮が合理的と認められるか、という観点から紹介されている<sup>298</sup>。

他方、ADA 第 1 編の合理的配慮に関する初の最高裁判決となった Barnett 判決について、裁判所の判断内容や、本判決によって明らかにされた点は、すでに先行研究の中で整理されている<sup>299</sup>。最高裁は、障害の有無に関わらない均一な取扱いが労働者全員に担保されている場合、基本的に障害を持つ個人も同一に扱うことが求められる中で、特別な事情が存在し、運用ルールとして例外が許容されている場合には、合理的配慮として障害を持つ個人の優先が許容されることがあると判示しており、このような限定に、差別禁止原則に根拠を求める合理的配慮義務の限界があると指摘されている<sup>300</sup>。

先行研究では、配慮が合理的であるか否かという「合理性判断」について、何が合理的配慮であるかについての決定的な解答がないため、アメリカでも多くの問題を抱えていること<sup>301</sup>、障害の定義と同様に合理的配慮の定義も曖昧さを含んでいるため、ADA の解釈を任された裁判所が限定的に解釈する傾向にあることが課題として挙げられている<sup>302</sup>。また、たとえば、長時間労働に応じることや夜勤シフトで働くことを職務の本質的な内容に含めると、精神の障害を持つ者が合理的配慮として労働時間の短縮を求めたとしても、ADA 第 1 編では「適格性」がないと判断され、合理的配慮義務が生じないという、「適格性」と「合理的配慮」との間に生じる問題も論じられている<sup>303</sup>。

また、合理的配慮義務として行われる配置転換に関する判例や学説を分析し、アメリカにおけるアフーマティブ・アクションと合理的配慮の概念を比較、検討する研究がなされている<sup>304</sup>。アメリカで行われている、優先的にマイノリティを採用するアフーマティブ・アクションと、空きのあるポジションに障害を持つ労働者を配置することを求める合理的配慮義務との比較を行い、Barnett 判決をはじめ、その前後の下級審の裁判例も含め、ADA の下で、障害を持つ労働者を優先的に配置することを求め

---

<sup>295</sup> 後掲注 626 参照。

<sup>296</sup> 長谷川 珠子（博士論文）・前掲注 285, 74 頁。

<sup>297</sup> 山川 隆一ほか・前掲注 98, 22 頁〔長谷川 珠子発言〕、富永 晃一・前掲注 198, 33 頁。

<sup>298</sup> 所 浩代・前掲注 285, 149-150 頁。

<sup>299</sup> 後掲注 971 及び応答する本文参照。

<sup>300</sup> 所 浩代・前掲注 285, 148-149 頁。

<sup>301</sup> 長谷川 珠子（法学・2003）・前掲注 8, 112 頁。

<sup>302</sup> 長谷川 珠子（博士論文）・前掲注 285, 85 頁。

<sup>303</sup> 所 浩代「精神障害に基づく雇用差別と規制法理－アメリカの障害者差別禁止法（ADA）の考察－」労働法学会誌 115 号（2010）148-149 頁。

<sup>304</sup> 村山 佳代「アメリカにおける合理的配慮とアフーマティブ・アクション－判例と学説分析から見る両概念の比較－」社会保障法 32 号（2017）233 頁。

る裁判例について分析がなされている<sup>305</sup>。なお、**Barnett** 判決後も、依然として中立的規則に反する配置転換について巡回区ごとに裁判所の判断が割れていること、中立的規則や優先的取扱いが合理性判断の一要素にすぎず、個別のケースごとに分析を必要とすることが指摘されている<sup>306</sup>。

ADA 第 1 編に基づく合理的配慮は、使用者に積極的な手段を講じることを義務づけており、雇用分野における障害を理由とする差別の禁止という ADA の目的を達成するために重要な役割を果たすものとされる<sup>307</sup>。この合理的配慮概念をもとに、障害分野における雇用差別の問題を分析し、新たな平等取扱いの問題と平等概念を明らかにする取組みがされている<sup>308</sup>。合理的配慮の不提供を差別と規定している ADA の差別概念は、「機会の平等」の考え方に根ざしたものであり、障害分野では、「出発点の平等」を保障するものとされる<sup>309</sup>。さらに、ADA 第 1 編では、「機能障害のある者」と「機能障害のない者」を等しく扱うという要請が強いため、「機能障害のない者」には認められない措置を「機能障害のある者」にのみ提供することが、平等保障の観点から「合理的 (reasonable)」であるといえるかどうか慎重に検討されると分析されている<sup>310</sup>。

なお、アメリカの合理的配慮研究として、何らかの費用が発生することを前提とした合理的配慮義務が雇用差別の枠組みに持ち込まれたことで、費用の問題がアメリカで意識されている状況を踏まえ<sup>311</sup>、経済学的観点からの合理的配慮の効果や、差別的効果法理と合理的配慮義務との類似性を指摘した **Christine Jolls** の研究<sup>312</sup>が紹介されている<sup>313</sup>。その他、**Susan Sturm** による構造的アプローチも紹介されており、従来のルール強制型アプローチでは、現代型の雇用差別問題（排除しようとする意図的な力からではなく、日々の意思決定や職場の関係の構造によって形成された継続する相互作用の副産物として次第に生じてきたもので、敵意のある職場環境、排他的な主観的雇用慣行、ガラスの天井などが該当する）に対応しきれないため、当事者間の話し合いや問題解決のためのプロセス形成が重視されており、新たな雇用差別に対処するためのアプローチとして説明されている<sup>314</sup>。

<sup>305</sup> 村山 佳代・同上、236 同上、1 頁。

<sup>306</sup> 村山 佳代・同上、241 頁。

<sup>307</sup> 長谷川 珠子（博士論文）・前掲注 285、68 頁。

<sup>308</sup> 長谷川 珠子（博士論文）・同上、1-2 頁。

<sup>309</sup> 長谷川 珠子（法学・2003）・前掲注 8、114 頁。

<sup>310</sup> 所 浩代・前掲注 285、136 頁。

<sup>311</sup> 長谷川 珠子（博士論文）・前掲注 285、85-86 頁。

<sup>312</sup> **Christine Jolls, Accommodation Mandates**, 53 Stan. L. Rev. 223 (2000); **Christine Jolls, Antidiscrimination and Accommodation**, 115 HARV. L. REV. 642, 652 (2001).

<sup>313</sup> 長谷川 珠子（博士論文）・前掲注 285、87-118 頁。配慮要求が賃金と雇用に与える影響について分析され、合理的配慮がもたらす効果に関する研究も紹介されている。他に **Jolls** を取り上げた日本の先行研究として、長谷川珠子「伝統的な「反差別法」(antidiscrimination law)と新しい「便宜法」(accommodation law)との類似性」労研 539 号 (2005) 93 頁、植木 淳「日本国憲法と合理的配慮」法時 1081 号 (2015) 77 頁がある。

<sup>314</sup> 長谷川 珠子（博士論文）・前掲注 285、145-146 頁。

以上のことから、ADA 第 1 編に基づく合理的配慮にする研究は存在するものの、ADA 第 1 編の合理的配慮に関してアメリカでは多くの裁判例の蓄積があり、まだ判例分析を行う余地があること、すでに日本で紹介されている判例でも、さらなる検討の余地があると考えられる。たとえば、配慮の合理性判断として費用対便益分析を取り入れた **Borkowski** 判決が **Vande Zande** 判決と同様に扱われているものの、費用対便益分析を用いながらも、両判決の判断内容は大きく異なるのであり、もう少し詳細な検討が必要と考えられる。また、ADA の合理的配慮に関する初の最高裁判決となった **Barnett** 判決についても、アメリカの学説で本判決がどう解釈されているか、本判決がその後の下級審にどのような影響を与えたのか、さらに、「空きのあるポジションへの配置転換」と「機会の平等」との関係などを、分析する余地がある。さらに、配慮の合理性という切り口でみると、費用の観点からだけでは判断できない配慮も多いことから、その他の合理性判断についても調査することが必要であろう。

#### (ウ) 憲法学からの合理的配慮研究

憲法学の観点からは、合理的配慮義務の規範的根拠について研究がなされている。以下では、特に、ADA 第 1 編だけではなく第 3 編までを含む総合的な研究である植木 淳『障害のある人の権利と法』<sup>315</sup>、及び、青柳 幸一「障害をもつ人の憲法上の権利と「合理的配慮」」<sup>316</sup>を取り上げる<sup>317</sup>。

『障害のある人の権利と法』では、ADA 第 1 編訴訟で、連邦裁判所は、ADA を限定的に解釈して、障害を持つ個人に厳しい判断を下す傾向があるものの、同法第 2 編及び第 3 編訴訟に関しては、障害を持つ個人に比較的好意的な判例が多く、ADA における障害差別禁止法理が実現されていると、雇用分野とそれ以外の分野との傾向の違いが指摘されている<sup>318</sup>。

また、憲法学の観点から合理的配慮の権利を論じつつも、ADA 第 1 編の合理的配慮は使用者側に過重な負担を与えない限りで義務づけられることから、合理的配慮と過重な負担（困難）の調整という司法上の解釈を要する実践的問題であるという指摘がなされている<sup>319</sup>。公民権法第 7 編や ADA について、アメリカ合衆国憲法修正 14 条の平等保護規定の観念から派生したものと位置づけられるとしながらも、両者の構造は同一ではなく、ADA は個人に適格性を求める点でより複雑であるとしている<sup>320</sup>。さらに、両者は差別に対するアプローチが異なり、宗教に関してのみ適用される公民権法第 7 編の合理的配慮は、平等な処遇（**equal treatment**）アプローチの例外的対応であるのに対し、機会平等の実質化の

<sup>315</sup> 植木 淳『障害のある人の権利と法』（日本評論社、2011）。

<sup>316</sup> 青柳 幸一「障害をもつ人の憲法上の権利と「合理的配慮」」筑波ロー・ジャーナル 4 号（2008）55 頁。

<sup>317</sup> その他、憲法分野では、有田 伸弘「障害を持つアメリカ人法における『合理的配慮』とアフーマティブ・アクション」関西福祉大（社福）紀要 14 号（2011）1 頁、など。

<sup>318</sup> 植木 淳・前掲注 315、4 頁。

<sup>319</sup> 青柳 幸一・前掲注 316、59-60 頁。

<sup>320</sup> 青柳 幸一・同上、62 頁。

ために、すなわち、公正な競争を可能にするために個別対応を求める ADA の合理的配慮は、差異の処遇（different treatment）アプローチであること、宗教への配慮が定型化できるのに対し、障害への配慮は個別化が必要であることも両者の差異として指摘されている<sup>321</sup>。

ちなみに、青柳氏は、ADA 第 1 編に基づく合理的配慮の中で最も難しい問題とされる空きのあるポジションへの配置転換について、次のように、日本への提言を行っている。①より良い適格性を有する新規採用応募者と競合する場合、現在就業している（障害を持つ）労働者の方が、新規採用応募者よりも雇用を維持するより大きな利益があると思われるため、障害を持つ労働者の方が優先される。②より良い適格性を有する障害のない他の労働者と競合する場合、障害を持つ労働者の方を優先することが使用者にとって過度な負担であることを立証できない限り、障害を持つ労働者を優先すべきとしている<sup>322</sup>。

合理的配慮とアファーマティブ・アクションは、アファーマティブ・アクションが理論上でも実際面でも救済的であるのに対し、合理的配慮は、雇用に関する現在の障壁の克服に焦点を合わせて個人化されたものであり、実際面でも、使用者が障害を持つ個人の能力を認め、使用者の求める基準に当該個人が適合することができるように「型にはまらない方法で、修正を行なうことを要求する」ことから両者は異なるとしている<sup>323</sup>。

アメリカの学説として、ADA における合理的配慮には、費用の点でも限界があるが、しかし、合理的配慮は社会目標でもあるので、その費用を企業にのみ負わせるべきではなく、国が支えるべき費用であるという批判をした Richard A. Epstein が紹介されている<sup>324</sup>。

#### （エ）小括

ADA 第 1 編に基づく合理的配慮義務にかかる法制度や EEOC によるガイダンス等については、高齢・障害・求職者支援機構障害者職業総合センターの調査研究所の資料など、日本語で書かれた文献も多い。合理的配慮の先行研究の中で、すでに、法律上の規定や EEOC による解釈については比較的明らかにされている。一方で、ADA 第 1 編において合理的配慮義務がどこまで求められるのか、その射程範囲に焦点を当て、判例研究を含めて分析している先行研究は数少ないため、さらなる研究の余地があると考えられる。

ADA 第 1 編における合理的配慮と平等概念に関しては、すでに先行研究でも注目され、合理的配慮の仕組みや問題点については明らかにされている。ただし、合理的配慮は、「機会の平等」の考え方に根

<sup>321</sup> 青柳 幸一・同上、63 頁。

<sup>322</sup> 青柳 幸一・同上、104 頁。Ransom v. Ariz. Bd. of Regents, 983 F. Supp. 895, 903 (D. Ariz. 1997) の判断を受けて、使用者は、より良い適格性を有する障害のない労働者を当該ポジションに配置転換できなかったとしても、次の配置転換のときには最善の人を選ぶことができる、そして、2 年から 3 年ごとに若干の適格性要件を満たす障害をもつ労働者を空きポジションへ配置転換したとしても、それが多くの使用者に過度な困難をもたらすとは思われないとしている。

<sup>323</sup> 青柳 幸一・同上、69 頁。

<sup>324</sup> 青柳 幸一・同上、104-105 頁。

ざしながら，障害への配慮は，宗教への配慮のように定型化できず，個別に異なる取扱いが求められる。障害分野では，どのような配慮が，法の射程範囲の中で求められるのかを明らかにするためには，法が求める平等と合理的配慮の概念に関して，さらに検討する必要があるだろう。

### 第3章 ADA第1編（雇用分野）の合理的配慮

本章では、比較対象国であるアメリカの合理的配慮について検討する。ADA第1編（雇用分野）で規定された合理的配慮義務を検討の対象とする。

本章は、以下の構成で展開する。

第1節から第3節では、合理的配慮導入の経緯と法的枠組みについて紹介する。第1節では、ADAの成立と合理的配慮導入の経緯について触れ、ADAの改正が必要となった状況を説明する。また、ADAでは雇用上の合理的配慮に関する統一的な解釈がないことが合理的配慮の抱える課題のひとつであり、アファーマティブ・アクションへの反感や公民権法第7編に基づく同一取扱い原則の影響等があることを述べる。第2節は、合理的配慮がどのように法律上規定されているか確認し、第3節で、権利救済機関が果たす役割とそこで作成された連邦規則及び指針による合理的配慮の解釈について概観する。

次に、第4節から第6節では、ADA第1編の合理的配慮に関する裁判所の解釈を取り上げる。まず、第4節で、合理的配慮の提供義務が発生するために必要な要件として、法律上定められているもの、及び、判例法理によって確立した要件について説明する。過度の負担の判断とは別の基準で、配慮が合理的かどうかを問う合理性要件が存在することを紹介する。第5節で、合理的配慮にかかる個別的問題を取り上げ、裁判所がどのように配慮内容を検討し、使用者にとって提供義務のある合理的な配慮か否かを判断しているのかについて考察する。さらに、第6節では、ADA第1編に基づく合理的配慮の中でも、最も判断の分かれている「空きのあるポジションへの配置転換」に注目し、どのような文脈で合理性判断が裁判所間で分かれたのかを確認する。裁判所が合理的配慮をどのように解釈してきたのかを確認し、雇用差別禁止法の中で、合理的配慮が直面してきた課題を整理する。

第7節では、合理的配慮に関する学説を取り上げる。特に合理性の問題を論じているものを紹介する。アメリカで行われているADAの合理的配慮に関する研究から、合理的配慮とは何かを導き、裁判所によって判断が異なる配慮について、合理性をどのように判断すべきかについて考察を得る。最後に、第8節では、これまでの考察を通じて得られたADA第1編の合理的配慮義務の特徴を確認し、重要なポイントを示す。さらに、合理的配慮の条件を公平にする役割から、労働者に差別的効果のある職場慣行を見直す契機になることを述べる。

第9節では、本稿独自の分析を試みる。これまでのADA第1編の合理的配慮に関する考察を通じて、アメリカの合理的配慮の問題を独自の視点から説明する。

#### 1. Americans with Disability Act of 1990 の成立と合理的配慮

本節では、1990年にADAが成立した経緯と、改正が必要となった背景について紹介する。なお、ADA施行後に生じた合理的配慮にかかる問題についても取り上げる。



(1) ADA の成立と改正

(ア) ADA の法の目的

1990 年、障害を持つ個人に対する差別を終わらせ、障害を持つ個人をアメリカ社会及び経済の主流に加えることを目的とする ADA が成立した<sup>325</sup>。ADA は、障害を持つ個人が公平な社会であれば享受できるはずの機会を奪う、不当で不必要な差別をなくすことを目的としている (§ 12101<sup>326</sup>)。リハ法で、政府機関及び政府機関より資金援助を受けている団体に対し、障害を持つ個人に対する差別を禁止していたものの、民間の事業者も適用対象に含めた差別禁止法の制定が求められ、ADA が成立した<sup>327</sup>。

ADA では、国が、障害を持つ個人の機会均等、完全参加、自立生活、そして経済的自足を確保することを目標としている (§ 12101(a)(7))。背景には、障害を持つ個人が労働市場から差別や偏見によって排除され、平等な立場で競争する機会が奪われているために、国が毎年何十億ドルも社会保障費を負担しているという状況があった (同条(a)(8))。

法案検討時には、障害を持つ個人が就職を希望しているにもかかわらず、保険給付または政府からの給付に頼らざるを得ない状況が明らかにされている<sup>328</sup>。また、障害を持つ人々の多くは、教育を十分に受ける機会がなく、労働市場からも排除され、国内でも最も貧しいマイノリティーともいわれていた<sup>329</sup>。このような背景から、議会は、ADA の施行により、就職を希望する障害者が一般の労働市場で雇用の機会を得られるようになることを期待した<sup>330</sup>。さらに、ADA の効果として、障害を持つ個人が給付から労働へと移行することで、社会保障費の削減が期待され、ADA の成立が支持されたといわれている<sup>331</sup>。

<sup>325</sup> S. Rep. No.101-116, at 2 (1989).

<sup>326</sup> 本稿では、U.S.C の条文番号を使用し、ADA に関して 42 U.S.C.は以下省略する (前掲注 266 参照)。

<sup>327</sup> Chai R. Feldblum, Kevin Barry, and Emily A. Benfer, The ADA Amendments Act of 2008, 13 Tex. J. on C.L. & C.R. 187, 188-189 (2008).

<sup>328</sup> S. Rep. No.101-116, at 8 (1989). 16 歳から 64 歳の労働年齢にある障害を持つ人々は、大多数が就職を希望しているにもかかわらず、3 分の 2 は仕事がない。仕事をしなくても仕事を見つけることができない障害を持つ人は、820 万人にのぼる。成人の 40%は高校を卒業しておらず、この割合は、障害を持たない人の 3 倍にもなる。

<sup>329</sup> *Id.* 1984 年時点で、50%の成人の障害を持つ人の収入は 15,000 ドル以下であり、障害がなく、この賃金水準にあるのはその半分の 25%である。障害を持つ人は、十分な教育を受けられず、仕事がないため、貧困状況にあることが示されている。

<sup>330</sup> The Kessler Foundation/NOD, 2010 Survey of Americans with Disabilities, 7 (July 2010), available at <http://www.2010disabilitysurveys.org/octsurvey/pdfs/surveyresults.pdf> (last visited 2014/11/24). 2010 年の調査では、労働年齢 (18-64 歳) にある障害を持つ人々でフルタイムまたはパートタイムで雇用されているのは 21%にすぎず、同年齢の障害のない人々が 59%であるのと比較すると未だにその差 (38%) は大きい。ただし、2000 年には、その差が 49%であったのに比べると差は小さくなっているといえる。

<sup>331</sup> Samuel R. Bagenstos, The Americans with Disabilities Act as Welfare Reform, 44 Wm. & Mary L.

#### (イ) 雇用分野における合理的配慮の導入

障害が原因で職務遂行に支障が生じているのであれば、ADA 第 1 編（雇用分野）の適用を受ける団体（covered entity<sup>332</sup>）（以下、「適用団体」という。）は、障害を持つ個人に対し合理的配慮（Reasonable Accommodation）を提供しなければならない（§12112(b)(5)(A)）。障害を持つ個人が直面する差別の性質ゆえに、合理的配慮の提供は、基本的な（fundamental）法律上の義務であるとされている<sup>333</sup>。

合理的配慮の概念は、公民権法第 7 編（Title 7 of the Civil Rights Act of 1964）において宗教分野で初めて導入された<sup>334</sup>。1972 年の雇用機会均等法（Equal Employment Opportunity Act of 1972）で、使用者は事業の運営にとって過度な負担となる場合を除き、労働者の宗教上の信仰・戒律・慣行のために必要となる配慮を合理的な範囲で提供しなければ、宗教差別となることが定められた（42 U.S.C. § 2000e(j)）。その後、合理的配慮は障害の分野にも広がり、1973 年にリハ法が制定されると、§ 504（29 U.S.C. § 794<sup>335</sup>）の実施について定める連邦規則（Code of Federal Regulations）において、政府機関及び政府機関より資金援助を受けている団体は、障害を持つ個人に向けた合理的配慮を提供しなけ

---

Rev. 921, 969-970 (2003).

<sup>332</sup> ADA 第 1 編（雇用分野）の対象となる適用団体は、使用者（employer）（常時、週 20 時間以上働く 15 人以上の従業員を雇用する使用者（§ 12111(5)））、職業紹介所（employment agency）、労働組合（labor organization）、労使委員会（joint labor-management committee）である（§ 12111(2)）。

<sup>333</sup> EEOC Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act, available at <http://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html> (last visited 2017/11/16), See “GENERAL PRINCIPLES - Reasonable Accommodation”. 「多くの障害をもつ人は、合理的配慮がなくても仕事に応募し、仕事を遂行できるけれども、それ以外の人が、ある種の配慮があればできる職務の遂行を妨げる障壁が職場には存在する。こうした障壁は、（アクセスし難い施設や装置のような）物理的な障壁であつたり、（いつ働くのか、いつ休憩を取るのか、どの程度本質的または周辺業務を行うのかという）手順や規則であつたりする。合理的配慮は、障害をもつ人にとっての職場での障壁を除去するものである。（中略）合理的配慮は、障害のある応募者が就職活動に参加する公平な機会を得ることを可能にする。さらに、合理的配慮により、障害のある労働者は、障害をもたない他の労働者と同様に便益・権利を享受できる公平な機会を得ることになる」（日本語訳参考、「合理的配慮」に関する研究・前掲注 2, 68-69 頁）。

<sup>334</sup> James M. Oleske, Jr., *Federalism, Free Exercise, and Title VII: Reconsidering Reasonable Accommodation*, 6 U. Pa. J. Const. L. 525, 532 (2004). 1964 年当時は、明確な配慮要件がなく、宗教に関しても他のクラス（人種、性別、肌の色、出自など）と異なる取扱いをするとは考えられていなかったが、EEOC によって、使用者には、宗教ニーズに対応する合理的配慮を提供する義務があることが明示された。

<sup>335</sup> リハ法 § 504(a)では、米国において、29 U.S.C. § 705 (20) で定義される障害を持つ適格性を有する個人（otherwise qualified individual with a disability）は、単に障害があることを理由として、連邦の財政支援を受けるプログラムや活動、もしくは、執行機関または郵便局が行うプログラムや活動において、その参加から排除されたり、その恩恵を否定されたり、差別を受けたりしてはならないと規定されている。また、同条(b)では、適用を受けるプログラムや活動の定義がなされており、各省、機関、特別区等（同条(b)(1)(A)）や大学等（(b)(2)）が行うものが対象に含まれている。

ればならないと定められた<sup>336</sup>。連邦規則で規定された合理的配慮の提供について、*Treadwell v.*

*Alexander*<sup>337</sup>では、リハ法§ 501 (29 U.S.C. § 791) で、障害を持つ応募者及び労働者のためのアファーマティブ・アクションを連邦政府に義務づけていることから、連邦機関による合理的配慮の提供の必要性を導けるとされた<sup>338</sup>。

合理的配慮も含め、リハ法§ 504 の実施について定める連邦規則に定められている差別規定の多くは、ADA でも導入された<sup>339</sup>。ADA 第 1 編では、連邦機関や連邦からの財政支援を受ける団体だけでなく、民間の事業者を含む適用団体に合理的配慮の提供義務が課されることになった。ADA 第 1 編は、雇用差別を禁止する法律として公民権法第 7 編からの流れを汲んでいるものの、合理的配慮に関しては、公民権法第 7 編の下での宗教差別とは質的にも量的にも広範囲なものが求められることになった<sup>340</sup>。

## (2) ADA 施行後に生じた問題と ADA 改正に至る経緯

### (ア) ADA 施行前の議会の意図と現実の相違

ADA の制定によって、議会が意図していた障害を持つ個人の雇用状況の改善はすぐには見られなかった。ADA が施行された 1992 年と翌年 1993 年の実証結果からは、40 歳以下の障害を持つ労働者の雇用状況に ADA が負の影響を及ぼしている可能性が指摘された<sup>341</sup>。ただし、1992 年と 1993 年の著しい雇用の減少について、施行直後の数年というのは、まさしく法が要求していることに関して多少の混乱があるものなので、ある程度予想されたものであるとされた<sup>342</sup>。しかしながら、1995 年の実証結果でも、40 歳以下の雇用時間数は ADA 施行以前よりもさらに低下している<sup>343</sup>。

他方、裁判所による ADA の「障害 (disability)」の定義に関する解釈も、議会が意図していたものとは異なっていた。ADA の法案検討時、障害を持つ多くの個人や団体が「handicapped individual (障害を持つ個人)」の使用に反対を表明したことから、議会も用語の変更を認識し始め、EEOC も、現立法では多くの障害を持つアメリカ人の感覚に最も合致する用語を使用することが重要であるとしたため、

<sup>336</sup> 29 C.F.R. § 1613.704(b) で規定された合理的配慮に関しては、*Prewitt v. United States Postal Service*, 662 F.2d 292, 308 (5th Cir. 1981) を参照。当規定は、29 C.F.R. § 1614.203 の施行 (1992 年 10 月 31 日) に伴い廃止された。1992 年のリハ法改正 (*Rehabilitation Act Amendments of 1992*) で、雇用差別に関しては ADA と同じ規定を適用することとなり、リハ法の下でも「空きのあるポジションへの配置転換」が合理的配慮として求められるようになった。

<sup>337</sup> 707 F.2d 473 (11th Cir. Ga. 1983).

<sup>338</sup> *Id.* at 477-478.

<sup>339</sup> S. Rep. No.101-116, at 2, 23-24 (1989). ADA の§ 12112(a)の条文は、リハ法§ 504 の実施について定める連邦規則の規定に準じている。

<sup>340</sup> See *infra* notes 405-407 and accompanying text.

<sup>341</sup> Daron Acemoglu & Joshua Angrist, *Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act*, NBER Working Paper No. 6670, at 11 (Jan. 1999).

<sup>342</sup> *Id.* at 11-12.

<sup>343</sup> *Id.* at 11.

ADAでは「障害（disability）」が用いられた<sup>344</sup>。ただし、「障害（disability）」の定義は、リハ法§ 501, § 503, § 504に適用されていた定義から引用したもので<sup>345</sup>、議会は、15年間の実績のある定義を安心して信頼していたし、障害者権利運動の支持者らもこれまで既存の差別禁止法の下で対象となってきた幅広い範囲の機能障害（impairments）を持つ個人がADA第1編でも対象となるであろうと考えていたとされる<sup>346</sup>。

リハ法の下での障害差別に関する裁判では、原告が「本当に障害を有している」か否かを問うケースは非常に少なかった<sup>347</sup>。その事実を裏付けるように、1984年のTudymen v. United Airlines<sup>348</sup>では、当事者はどちらも、誰が障害者に該当するかという問題を扱った判例を引用していない、この問題について通常ほとんど分析を要しないため、多くの時間を費やした判例はほとんどないと述べられている<sup>349</sup>。個人の就業能力、もしくは、それ以外の日常生活における機能を制限したりするほど重度でない機能障害を含め、幅広い範囲の身体的または精神的機能障害を有する個人にリハ法§ 504に基づく訴訟手続きが認められていたとされる<sup>350</sup>。

しかしながら、ADA第1編に基づく裁判においては、原告がADAで定義された「障害者」に該当するかどうかは厳密に判断された。

議会は、障害の第3類型<sup>351</sup>である「法の適用を受ける機能障害（impairment）を有するとみなされた個人」について、リハ法に基づく最高裁判決School Board of Nassau County v. Arline<sup>352</sup>でその合理性が明らかにされたことから、この最高裁の解釈に基づき、第3類型には、①主要な生活活動を実質的に制限していない身体的または精神的機能障害であるものの、適用団体にそのような制限があるものとして扱われた個人、②他人のそのような機能障害への態度の結果としてのみ、主要な生活活動を実質的に制限する身体的または精神的機能障害を有する個人、③そのような身体的または精神的機能障害を有していないのに、適用団体にそのような制限があるものとして扱われた個人が含まれると考えていた<sup>353</sup>。

<sup>344</sup> S. Rep. No.101-116, at 20 (1989).

<sup>345</sup> ADA で新しい「障害」の定義を設けることは、政治的にも実行不可能で、法的にも不必要と思われたので、リハ法の定義を用いたとされる（Chai R. Feldblum et al., *supra* note 327, at 189-190）。

<sup>346</sup> Chai R. Feldblum, Definition of Disability Under Federal Anti-Discrimination Law: What Happened? Why? And What Can We Do About It?, 21 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 91, 92 (2000).

<sup>347</sup> *Id.* at 108.

<sup>348</sup> 608 F. Supp. 739 (C.D. Cal. 1984). 原告はフライトアテンダントとして働いていたが、被告で定められた体重の上限を超えたため、解雇された。原告は熱心なボディービルダーで、自発的に身体を鍛えた結果であり、ある職務に就けないだけで、主要な生活活動を制限するものではないので、原告はリハ法§ 504 の適用を受けられる障害者ではないとされた。

<sup>349</sup> *Id.* at 744

<sup>350</sup> Chai R. Feldblum, *supra* note 346, at 107.

<sup>351</sup> ADA の「障害」の定義については、本章「2（1）合理的配慮の対象者」を参照。

<sup>352</sup> 480 U.S. 273 (U.S. 1987).

<sup>353</sup> S. Rep. No.101-116, at 22 (1989). 重度の火傷を負った人は、主要な生活活動への実質的な制限は生じていないのに、しばしば差別に直面することが例に挙げられている。

ちなみに、上院の報告書では、第3類型の重要な目的のひとつは、病状が管理され、それゆえ現在のところ主要な生活活動が制限されていない人が、健康状態を理由に差別されないことを確実にすることであると記載されている<sup>354</sup>。その例として、糖尿病やてんかん等の病状が管理できている人を挙げている<sup>355</sup>。一方で、下院の報告書では、糖尿病やてんかん等を有する人は、その機能障害の影響が治療によって抑えられ現在のところ主要な生活活動を制限していないとしても、障害の定義の中では、「実質的に主要な生活活動を制限されている」1つ目の類型に該当すると記載されている<sup>356</sup>。

しかし、ADA第1編に基づく *Sutton v. United Air Lines, Inc.*<sup>357</sup> では、連邦最高裁は、実際に身体的あるいは精神的機能障害を有していても、医療行為やその他の緩和措置をとることで機能障害による主要な生活活動への制限の程度が軽くなるのであれば、障害とは認定されないと判断した<sup>358</sup>。さらに、同判決では、被告は原告が（機能障害を有していると思い）職務要件を満たしていないとみなしたとする原告の主張について、裁判所は、被告が原告は「ADAの意義の範囲に入る障害」を有しているとみなしたことを適切に主張できていないとした<sup>359</sup>。障害の第3類型「障害があるとみなされた」ことを原告が証明するには、被告が、「（1）（実際には障害を有していないのに）当該個人は、実質的に1つ以上の主要な生活活動を制限する機能障害を有していると誤って思い込んだこと、あるいは、（2）（実際には主要な生活活動を制限しない機能障害にもかかわらず）当該個人の機能障害が、実質的に1つ以上の主要な生活活動を制限すると誤って思い込んだこと」のどちらかを満たさなければならないとした<sup>360</sup>。すなわち、被告が当該個人について誤った認識を持ったことだけではなく、実質的に主要な生活活動を制限していると誤解したことを証明するよう求めた<sup>361</sup>。

連邦最高裁が ADA の障害の定義を非常に狭く解釈する傾向は続き、2002 年の *Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams*<sup>362</sup> では、「major life activities」（主要な生活活動）の

---

<sup>354</sup> *Id.*

<sup>355</sup> *Id.*

<sup>356</sup> H.R. Rep. No. 101-485, pt. 2, at 52 (1990); *id.*, pt. 3, at 28 (1990).

<sup>357</sup> 527 U.S. 471 (1999). 強度の近視（レンズにより矯正可能）である双子の姉妹が被告会社のパイロット職に応募したところ、不採用となり、矯正のない視力を理由にパイロットとしての採用を拒否したのは、障害を理由とするもので、ADAにおいて許されない差別であると主張した。

<sup>358</sup> *Id.* at 482-483. 医療行為や緩和措置で矯正できる身体的または精神的機能障害を有している人は、確かに機能障害を有してはいるが、しかしながら、それ矯正されるならば、主要な生活活動を「実質的に制限」していないとされた。

<sup>359</sup> *Id.* at 491.

<sup>360</sup> *Id.* at 489.

<sup>361</sup> *Id.* at 491. Hillary K. Valderrama, Is the ADAAA a "Quick Fix" or Are We out of the Frying Pan and into the Fire?: How Requiring Parties to Participate in the Interactive Process Can Effect Congressional Intent Under the ADAAA, 47 HOUS. L. REV. 175, 193-194 (2010). Sutton 判決は障害の第1類型だけでなく、第3類型の解釈にも影響を及ぼしたと指摘されている。

<sup>362</sup> 534 U.S. 184 (2002). 原告は自動車工場の組立てラインで働いていたが、手根管症候群と診断されたため、被告会社は品質管理検査への配置転換を行うなどして、雇用を継続した。その後、原告が定期

「major」と「substantially limits」（実質的に制限する）の「substantially」が厳しく解釈され、さらに、その結果、相当程度に制限されているとされるには、「多くの人々の日常生活にとって 最も重要である活動を行うことを妨げるもしくは深刻に制限する機能障害を有してなければならない。また、機能障害の影響は永続的もしくは長期的なものでなければならない」と判示された<sup>363</sup>。本判決によって、「障害」があると認められるための要件はさらに厳しいものとなった（§12101 note (a)(5)）。また、制限の程度は、議会が意図していたものより大きいものが要求された（§12101 note(a)(7)）。

Sutton 判決及び Toyota 判決の結果として、ADA の下でも、リハ法と同じ障害を持つ個人が対象となると議会が意図していたのに対し、てんかん、糖尿病、癌、脳性まひ、多発性硬化症、知的障害、発達障害のような深刻な健康状態にある人々が、ADA 第 1 編の法的保護から排除されることになったとされる<sup>364</sup>。

障害の定義をどのように解釈するかによって、障害の範囲が狭くも広くもなり、法の適用範囲が変化する<sup>365</sup>。ADA 第 1 編の法的保護を受けるためには、着任している、あるいは、希望するポジションに必要な本質的職務機能を遂行する能力を有している必要があるため<sup>366</sup>、障害による制限がかなり大きい場合、ADA 第 1 編の下で障害者であることを立証できたとしても、制限が大きければ障害を持つ個人が求めるポジションで必要とされる適格性を満たしていない傾向が強くなる<sup>367</sup>。その結果、ADA が本来保護すべき人々が法的保護を受けられないという事態が生じ、法改正が必要とされた<sup>368</sup>。

---

的に出勤しなくなったため、被告会社は、勤務成績の不良を理由に原告を解雇した。原告は、被告会社は要求した合理的配慮の提供を拒否したと主張し、双方の主張が対立していた（at 187-188）。裁判所は単にひとつの障害を有しているだけでは ADA 上の障害者には該当せず、障害者として認められるためには、主要な生活活動に与える制限が実質的（substantial）であることを証明しなければならないとした（at 195）。さらに、ある職務に特有の手作業が、多くの人の生活活動において重要とは限らないとし、ある手作業が出来ないことを実質的な制限を受けていることの証明として考えるべきではないとした（at 201）。

<sup>363</sup> *Id.* at 198.

<sup>364</sup> H.R. Rep. No. 110-730, pt. 2, at 6-7, 9 (2008).

<sup>365</sup> 2008 年の ADA 改正では、解釈によって適用範囲が変わるため、「障害」における定義は、「同法の文言の許す限りで最大限に広く解釈することで、同法の適用対象となる者に有利に解釈すべき」との解釈指針を定め（29 C.F.R. §1630.2(j)(1)(i)(2013)）、改正前の連邦最高裁判決を批判している（§12101 note(b)(5)）。

<sup>366</sup> 改正前の ADA では、「障害を持つ適格性のある個人を差別することを禁止する」としていた（§12112(a)(1990)）ところ、2008 年の改正で本条項は、「障害を理由に、適格性のある個人を差別することを禁止する」に改正された（§12112(a)(2008)）。どちらも「適格性」（当該ポジションに求められる本質的な職務機能を遂行する能力があること）を要件としている点には変更がない。

<sup>367</sup> Charles B. Craver, *The Judicial Disabling of the Employment Discrimination Provisions of the Americans with Disabilities Act*, 18 Lab. Law. 417, 450 (2003).

<sup>368</sup> Hillary K. Valderrama, *supra* note 361 at 198. Ruth Colker が示したデータによると ADA 訴訟の約 95% が、被告側の勝訴となっている（Ruth Colker, *The Americans with Disabilities Act: A Windfall for Defendants*, 34 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 99, 108 (1999)）。このような結果から、変更の必要性が認識され、2006 年に下院から改正案が提出された。2006 年の法案は通過せず、改訂して 2007 年に再提出さ

「障害」の定義を裁判所が狭く解釈した理由に、ADAに対する反感があるといわれている。職場での体操を拒否するために、極度の肥満症になってADAを利用しようとするエピソードが作られるなど、メディアの影響から、怠惰な労働者がADAを悪用するという印象が世間一般に生まれてしまった<sup>369</sup>。その結果、世論の反発に影響され、「障害」の範囲を狭めてADAの法的保護の対象となる人を限定し、さらに合理的配慮の範囲も極力制限しようとする力が働いたとされる<sup>370</sup>。ただし、Michael Selmiは、連邦最高裁が議会の意図とは反対に、ADAを狭く解釈していることは認めるものの、条文に解釈の余地がある限り、裁判所がそれを議会の意図に沿ったもしくは広義の解釈をすると期待することに問題があるとしている<sup>371</sup>。Selmiは、障害の定義を広く捉え、以前は障害者とは考えられていなかった人々も含まれるよう議会が試みたことに対し、裁判所が否定することは予想できたとしている<sup>372</sup>。他にも、裁判所は、曖昧な障害の定義を解釈し、ADAの適用対象となる個人かどうかを線引きしなければならなかったため、裁判所による狭義の解釈は、具体的に障害を定義しなかった議会に対する批判であると、説明されることもある<sup>373</sup>。

なお、障害を持つ個人を社会給付の依存から脱し、就労することで、社会保障費が削減されることをADAの効果として期待していたことから、裁判所は、ADAの適用対象を、労働市場に参加することが困難で、社会給付に依存している障害者に限定しようとしたのではないかともいわれている<sup>374</sup>。

#### (イ) 2008 年 ADA 改正

2008 年に ADA 改正法 (The Americans with Disabilities Act Amendments Act of 2008) (2009 年 1 月施行) が成立し、明確に連邦最高裁による障害の定義に関する解釈を否定した (§12101 note(b)(2), (4), (5))。議会は、ADA の下で障害の定義は、リハ法に基づく「障害を持つ個人 (handicapped

れた。

<sup>369</sup> Linda H. Krieger, *Forward-Backlash Against the ADA: Interdisciplinary Perspectives and Implications for Social Justice Strategies*, 21 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 1, 10 (2000). アニメ「ザ・シンプソンズ」の「キングサイズのホームー」というエピソードにおいて、ホームー シンプソンが職場での体操プログラムから逃げるため、わざと体重を増やして「障害 (就業不能)」になり、在宅就労をしようとした。多くのアメリカ人の ADA に関する理解がそのエピソードで形成されてしまったと紹介している。

<sup>370</sup> Matthew Diller, *Judicial Backlash, the ADA, and the Civil Rights Model*, 21 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 19, 22-23, 47-51 (2000).

<sup>371</sup> Michael Selmi, *Interpreting the Americans with Disabilities Act: Why the Supreme Court Rewrote the Statute, and Why Congress Did Not Care*, 76 *Geo. Wash. L. Rev.* 522, 527-528 (2008). ADA が怠惰な労働者や仮病を使って休む人に保護を与えていると認識されるほど、裁判所はそうした保護を排除するために、条文を骨抜きにするであろうし、実際にそうなったとされる (at 544)。

<sup>372</sup> *Id.* at 527-528.

<sup>373</sup> Matthew Diller, *supra* note 370, at 21.

<sup>374</sup> Samuel R. Bagenstos (2003), *supra* note 331, at 977-979. ADA を社会保障費の削減のためのツールとみなすのであれば、裁判所が ADA の適用対象とするラインは、ADA がなくても仕事を見つけられる人と社会給付への依存を回避するためには ADA の保護が必要な人との間に引くラインと近似するとしている。

individual)」の定義と同じように裁判所は解釈するであろうと期待したのに、その期待に沿うものではなかったとしている (§12101 note(a)(3))。

改正 ADA では、Toyota 判決で、「substantially limits」(「主要な生活活動を」実質的に制限する)を極度に厳しく解釈していた点が改められた<sup>375</sup>。また、Sutton 判決を否定し、ある機能障害が主要な生活活動を実質的に制限しているかどうかについて、医療などの緩和手段による改善効果は関係なく、判断されるべきであることを明確にした (§12101 note(b)(2))<sup>376</sup>。さらに、Sutton 判決で提示された「障害があるとみなされたこと」を証明するための枠組み<sup>377</sup>を撤廃し、実際の、あるいは、認知された身体的または精神的機能障害が主要な生活活動を制限する、あるいは、制限すると認識されたかどうかではなく、実際の、あるいは、認知された身体的または精神的機能障害を理由に、ADA で禁止されている行為によって被害を受けたことを立証したならば、当該個人は「そのような健康上の問題があるとみなされたこと」 (§12102(1)(C)) という要件を満たすことになった (§12102(3)(A))<sup>378</sup>。ちなみに、みなし障害 (§12102(1)(C)) に、6 ヶ月以下の一時的もしくは軽微な障害は該当しないことが明らかになっている (同条(3)(B))。

また、改正前は「障害のある適格性を有する個人<sup>379</sup>に対する差別 (discriminate against a qualified individual with a disability)」を禁止していたのに対し、改正により、「適格性を有する個人に対する障害を理由とする差別 (discriminate against a qualified individual on the basis of disability)」を禁止した (§12112(a))。障害を持つ個人に対する差別より、むしろ障害を理由とする差別を禁止することを明確にしたことで、これからは個人の障害を争点とするのではなく、障害に基づく差別があったのかわかに裁判所及び弁護士が力を注ぐことを期待した (29 C.F.R. § 1630.4)。

2008 年改正の主要なポイントは、障害の定義を法律上許容できる限り広く解釈するよう求めたこと、緩和措置の影響やみなし障害をどのように扱うかを明確にしたことである。さらに、改正前の裁判で、原告が ADA で定義された障害を有するか否か、もしくは、障害があるとみなされたかが主

<sup>375</sup> 改正前は、「substantially limits」とみなすには、個人が主要な生活活動を行うことを「著しく」あるいは「非常に」制限する損傷 (impairment) を有している必要があった (29 C.F.R. §§ 1630.2(j)(2)(ii-iii)(2001))。

<sup>376</sup> H.R. Rep. 110-730, pt. 2, at 2-5 (2008).

<sup>377</sup> See *supra* note 360 and accompanying text.

<sup>378</sup> 改正前は、適用団体が労働者の障害が実質的に主要な生活活動の遂行を制限していると認識していたことを立証する必要があった (EEOC, Questions and Answers on the Final Rule Implementing the ADA Amendments Act of 2008, available at [http://www1.eeoc.gov/laws/regulations/ada\\_qa\\_final\\_rule.cfm?renderforprint=1](http://www1.eeoc.gov/laws/regulations/ada_qa_final_rule.cfm?renderforprint=1) (last visited 2018/02/12))。

<sup>379</sup> 着任している、あるいは、希望するポジションに必要な本質的職務機能を遂行する能力を有している場合、「適格性を有する (qualified) 個人」となり、適格性要件を満たすことになる。本章「4 (3) 適格性要件 (Qualification)」を参照。



要な争点となっていたことに対し、改正では、個人が障害を有するかどうかよりも、適用団体が ADA の義務を順守しているかどうかに注目すべきであるとされた (29 C.F.R. pt. 1630 app. § 1630.1(c)<sup>380</sup>)。

ただし、改正により、障害の定義は法が許容する限り広く解釈することが求められ、訴訟のゲートキーパー的な機能を果たしていた「障害」要件がなくなったとはいえ、「適格性」や「合理的配慮」も無限に解釈できる曖昧な定義がなされているため、次は、これらにゲートキーパーの機能を裁判所が付与するのではないかと危惧された<sup>381</sup>。

### (3) 合理的配慮の課題

ADA 第 1 編では、適格性を有する応募者が募集や採用のプロセスに参加できるよう、また、適格性を有する労働者が、職務の本質的機能を果たすことができるよう、もしくは、同様の状況にいる障害のない労働者と同等の給付や恩恵を享受できるよう、障害による制限を除去するための変更や調整等を、適用団体に合理的配慮として提供することを義務づけている (§12112(b)(5)(A))。合理的配慮には、職場環境の中で障害による制限を除去し、配慮しないことで差別的効果を生み出している環境を変える役割がある<sup>382</sup>。また、合理的配慮は、均等な雇用機会の確保を実現するため、障害を持つ個人と障害のない人の条件を揃える役割があることも認識されている<sup>383</sup>。

成立当初から ADA の有効性は、特に合理的配慮と過度な負担の文言について、裁判所や連邦機関がどのように解釈するかによると考えられていた<sup>384</sup>。しかしながら、実際の労働環境における合理的配慮の適用を巡り、どのような配慮をどこまで提供しなければならないのかについて、裁判所間でも判断は分かれている<sup>385</sup>。また、裁判所が EEOC の意見を採用するとは限らず、裁判所と EEOC の解釈にも違いがある<sup>386</sup>。その上、裁判所は、基本的に、障害を持つ個人が直面する差別の性質を十分に理解してお

---

<sup>380</sup> 連邦規則 (Code of Federal Regulations) の第 29 編は「労働 (Labor)」に関する行政規則が定められており、EEOC が作成した ADA に関する施行規則 (Regulations To Implement The Equal Employment Provisions Of The Americans With Disabilities Act, 29 C.F.R. §1630) もその中に位置づけられている。

<sup>381</sup> Hillary K. Valderrama, *supra* note 361 at 204-205.

<sup>382</sup> Matthew Diller, *supra* note 370, at 41.

<sup>383</sup> *Id.* at 40-41.

<sup>384</sup> Julie Brandfield, Undue Hardship: Title I of the Americans with Disabilities Act, 59 Fordham L. Rev. 113, 114 (Iss. 1 1990).

<sup>385</sup> Charles Conway, Ordinarily Reasonable: Using the Supreme Court's Barnett Analysis to Clarify Preferential Treatment Under the Americans with Disabilities Act, 22 Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L. 721, 722-724 (2014).

<sup>386</sup> See *infra* notes 583-584 and accompanying text.

らず、ADA 第 1 編に基づく合理的配慮を狭く解釈していると批判されている<sup>387</sup>。合理的配慮にかかる課題のひとつは、合理的配慮の概念に統一的な解釈があるとはいえず、混乱が生じていることである。

統一的解釈ができなかった理由のひとつに、2008 年の ADA 改正前は、裁判所の厳しい「障害」の要件を満たさないケースが多く<sup>388</sup>、その結果、裁判所は、個々の事実を審議する必要がある、サマリー・ジャッジメントの申立てに基づき簡単には判断を下し難い合理的配慮の問題を取扱う必要がなかったことが挙げられる<sup>389</sup>。同様に、ADA 改正前は、研究者の間でも「障害」の定義を巡る論争が主流で、合理的配慮に関する研究は盛んではなかったことも寄与している<sup>390</sup>。

合理的配慮の概念は、既存の差別禁止法の枠組みとは異なる新しいものであるため、既存の枠組みに当てはめようとする動きと、別の新しい枠組みで捉えようとする動きが混在することも統一的解釈が生まれない原因として考えられている<sup>391</sup>。公民権法第 7 編に関わる伝統的な反差別規定に ADA に基づく合理的配慮も同化させ、競争上の公平さや同一的取扱いの観点から考えるのか<sup>392</sup>、これまで障害を持つ多くの人々が労働市場から除外されてきたという構造的な障壁に対処するために合理的配慮という再分配スキームが規定されているとするマイノリティー・モデルに基づく解釈を選択するのかで意見が分かれていた<sup>393</sup>。

また、合理的配慮がアファーマティブ・アクションと混同されたことも<sup>394</sup>、合理的配慮の判断に混乱が生じた。ADA 制定当時は、人種や性別の分野におけるアファーマティブ・アクションに対する反発が強かった時期であり、障害を持つ個人が均等な雇用機会を得るのに必要なツールとして、議会が合理的配慮規定を定めたことに懐疑的な見方が強かった<sup>395</sup>。合理的配慮規定がアファーマティブ・アクション

---

<sup>387</sup> S. Elizabeth Wilborn Malloy, *Something Borrowed, Something Blue: Why Disability Law Claims Are Different*, 33 Conn. L. Rev. 603, 609-610 (2001).

<sup>388</sup> *Eeoc v. Sara Lee Corp.*, 237 F.3d 349, 353 (4th Cir. S.C. 2001).

<sup>389</sup> Alex B. Long, *Introducing the New and Improved Americans with Disabilities Act: Assessing the ADA Amendments Act of 2008*, 103 Nw. U. L. Rev. Colloquy 217, 228-229 (2008).

<sup>390</sup> Nicole B. Porter, *Martinizing Title 1 of the Americans with Disabilities Act*, 47 Ga. L. Rev. 527, 541-542 (2013).

<sup>391</sup> S. Elizabeth Wilborn Malloy (2001), *supra* note 387, at 639-640.

<sup>392</sup> 障害の有無に関係なく一律に適用される職場ルールの下で、障害を持つ労働者を障害のない労働者と同じように扱うことを認め、合理的配慮の機能をはく奪するような解釈もなされた (See *infra* notes 1000-1004 and accompanying text).

<sup>393</sup> Samuel R. Bagenstos, *Law and the Contradictions of the Disability Rights Movement*, 55-56 (Yale University Press 2009).

<sup>394</sup> Michelle A. Travis, *Lashing Back at the ADA Backlash: How the Americans with Disabilities Act Benefits Americans Without Disabilities*, 76 Tenn. L. Rev. 311, 324-325 (2009). 実際に、障害を持つ労働者に特別な恩恵や優先権を与えるのは、差別禁止ではなく社会福祉であるとして、合理的配慮に対する反対意見も存在した。

<sup>395</sup> Stephen F. Befort & Tracey H. Donesky, *Reassignment Under the Americans with Disabilities Act: Reasonable Accommodation, Affirmative Action, or Both?*, 57 Wash. & Lee L. Rev. 1045, 1048 (2000).

を連想させ、障害のない人々は、合理的配慮によって障害を持つ人々が優先的な扱いを受け、自分達の利益を侵害することを恐れた<sup>396</sup>。その結果、合理的配慮を狭く解釈する判例が出現したとされる<sup>397</sup>。

さらに、裁判では、要求された配慮が適用団体にとって過度の負担に至るかどうかという判断とは別に、配慮が「合理的」であるかどうか問われ<sup>398</sup>、それが問題をより複雑にしている。法律上、配慮が過度の負担をもたらすかどうかの判断要素は示されているものの、配慮が合理的であるかどうかを判断する基準は法律上示されていないので判例から導く必要があり、さらに、合理的配慮の概念をどのように解釈するかによって裁判所の意見も分かれるため、合理性を判断するための統一的な基準はできていない。したがって、裁判で認められる合理的配慮の範囲や程度に差異が生じている<sup>399</sup>。

## 2. ADA 第 1 編における合理的配慮と関連する規定

本節では、法律上、合理的配慮がどのように規定されているのか、合理的配慮を受ける対象者をどのように定めているのかを確認し、ADA 第 1 編の下での合理的配慮にかかる法制度を概観する。ADA 第 1 編では、適用団体が合理的配慮を提供することが事業運営上「過度の負担」(undue hardship)となることを証明できる場合を除き、適格性を有する障害者の既知の身体的・精神的制限に対し合理的配慮をしないことが差別となる (§12112(b)(5)(A))。さらに、合理的配慮の必要を理由に応募者や労働者に雇用機会を与えないことも障害に基づく差別とされる(同条(b)(5)(B))。このように配慮の不提供は ADA 第 1 編で禁止される差別とされていることを受けて、ADA 第 1 編で禁止される差別とその抗弁にかかる規定も確認する。

### (1) 合理的配慮の対象者

「合理的配慮」の提供を受けることができるのは、「適格性」を有する「障害」を持つ個人である。ADA で定義されている「障害」要件と、「適格性」要件を満たす個人に合理的配慮を請求する権利があ

<sup>396</sup> Michelle A. Travis (2009), *supra* note 394, at 317-318.

<sup>397</sup> *Id.* 裁判官は ADA の合理的配慮義務や ADA で保護されるクラスの両方を狭く解釈するための根拠として、反アファーマティブ・アクション的なレトリックや「優先的取扱い」に対する懸念を引きあいに出すと Travis は述べている。Travis のいう「優先的取扱い」は、障害を持つ労働者が就労を拒否すること、特権を得ること、問題行動の責任を逃れることなどを法律が許容するという意味で用いられている (at 316)。

<sup>398</sup> *US Airways, Inc. v. Barnett*, 535 U.S. 391(2002). Barnett 判決で、連邦最高裁は、「原告が、少なくとも表面的には、要求した配慮が合理的であるということを証明すること」(at 401)と証明責任分担を明確にした。詳しくは、本章「6 (2) (イ)① 最高裁判決 *US Airways vs. Barnett*」を参照。

<sup>399</sup> Charles Conway, *supra* note 385 at 723-724. Conway は、巡回裁判所によって、つまり、どこで訴訟を行うかによって、判断に大きな違いが生じている状況を問題視している。

る。合理的配慮は、フルタイムまたはパートタイム等の雇用形態に関わりなく応募者及び労働者に適用される。

「障害」の定義には3つの類型がある。1つ目の類型は、「身体的あるいは精神的な健康上の問題が、当該個人の主要な生活活動のひとつまたは複数を実質的に制限している」 (§12102(1)(A)) ことである。「主要な生活活動」を制限する健康上の問題がひとつあればよく、他の主要な生活活動が制限されている必要はない (同条(4)(C))。このため、1つ目の類型に該当する障害には、視覚障害、聴覚障害、肢体不自由という「伝統的」な障害者だけでなく、HIV感染者、糖尿病、てんかん、病的な肥満症なども含み得る<sup>400</sup>。

2つ目の類型は、過去に1つ目の類型に該当するような機能障害を持った経歴 (精神病や癌など) があること (同条(1)(B)) である。3つ目の類型は、主要な生活活動を実質的に制限する健康上の問題の有無に関係なく、健康上の問題があるとみなされたこと (同条(1)(C)) である。実際の、あるいは、認知された身体的または精神的機能障害を理由に、ADA 第1編で禁止されている行為によって被害を受けたことを立証したならば、当該個人は「そのような健康上の問題があるとみなされたこと」という要件を満たす (§12102(3)(A))。

合理的配慮に関しては、第1類型 (§12102(1)(A)) と第2類型 (同条(1)(B)) に該当する者<sup>401</sup>のみ請求する権利がある (§12201(h))。つまり、次の場合には、合理的配慮の請求はできない。第3類型

(§12102(1)(C)) のみなし類型に該当する者、近親者などに障害がある者と関わりがあるが本人には障害がない者は対象となっていない。ADA 第1編では、障害と関わりがあること、たとえば、ある労働者の子供や配偶者、友人等が障害を持っていることを理由として、当該労働者を差別することを禁止している (§12112(b)(4))<sup>402</sup>。しかし、そのような労働者には合理的配慮を提供しなくて良いとされている

<sup>403</sup>。

---

<sup>400</sup> Linda H. Krieger (Foreward), *supra* note 369, at 3.

<sup>401</sup> 実際の身体的または精神的機能障害を有していないものの、過去にそのような機能障害を有していた個人は、経過観察や検査のために医療機関へ行く許可を得るために、休暇もしくは業務予定の変更といった合理的配慮が必要となる可能性が想定されている (29 C.F.R. §1630.2(k)(3))。

<sup>402</sup> EEOC, Unlawful Caregiver Stereotyping Under the Americans with Disabilities Act, available at <http://www.eeoc.gov/policy/docs/caregiving.html> (last visited 2018/02/12). 障害を持つ近親者等の介護や世話をしなければならない労働者に対して、先入観でその人が満足に職務を果たすことができないと考え、使用者がその労働者を好意的に扱わない可能性がある。そのため、ADA では、障害を持つ個人と関係があるという理由で、適格性のある労働者及び応募者に対し、均等な雇用機会や雇用による恩恵を与えなかったり、それらを拒否したりすることを差別としている。

<sup>403</sup> See *Den Hartog v. Wasatch Academy*, 129 F.3d 1076, 1084 (10th Cir. Utah 1997); EEOC, Questions and Answers About the Association Provision of the Americans with Disabilities Act, available at [http://www.eeoc.gov/facts/association\\_ada.html#\\_ftn1](http://www.eeoc.gov/facts/association_ada.html#_ftn1) (last visited 2018/02/12). (質問4) 自らが障害を持つ個人にのみ合理的配慮の権利があり、労働者が障害を持つ子供の世話をするために休暇を必要とするとしても、使用者にはそのために休暇制度を変える義務はない。しかしながら、使用者はその労働者

第1類型と第2類型に該当する「障害」を有していても「適格性」がない個人は、合理的配慮を請求することはできない。「適格性」とは、合理的配慮があれば、あるいは、合理的配慮がなくとも、障害を持つ個人が雇用されている、あるいは、希望するポジションの本質的な機能を遂行する能力を有することである (§12111(8))。何が「本質的な機能 (Essential Functions)」に該当するかに関しては、使用者の判断がある程度考慮されることになっている。もし使用者が募集を出す前、または、応募者を面接する前に、「何が本質的な機能に該当するか」を記載した書面がある場合は、当該ポジションに必要な本質的な機能の証拠として考慮される (同条)。

## (2) 合理的配慮の定義

ADA 第1編の「合理的配慮」の定義は、例示列举の形で示されている (§12111(9))。「合理的配慮」という用語には、以下のことが含まれ得る。労働者が使用している既存の施設を、障害を持つ個人がアクセスしやすく、そして使用可能なものにすること (同条(9)(A))、職務の再編成、パートタイム化または勤務スケジュールの変更、空きのあるポジションへの配置転換、機器や装置の購入または変更、訓練資料や方針の適切な調整または変更、資格を持つ朗読者もしくは手話通訳の提供、その他、同様の障害を持つ個人への配慮が含まれるとしている (同条(9)(B))。「空きのあるポジションへの配置転換」は、リハ法の施行規則では合理的配慮として明文化されていなかったもので、ADA 第1編で明確に合理的配慮のひとつとして列举された<sup>404</sup>。新たに追加されたものの、配置転換に関する定義は設けられていない。

## (3) 過度な負担の判断要素

「過度な負担」とは、次の要素を考慮して、かなりの困難あるいは費用 (significant difficulty or expense) が伴うことを意味する (§12111(10)(A))。その考慮されるべき要素とは、(i)必要とされる配慮の性質や費用、(ii)合理的配慮の提供に関係する施設の全般的な財源、かかる施設で雇用される人数、経費及び資源への影響、または、配慮が施設運営へ及ぼすその他の影響、(iii)適用団体の全般的な財源、事業の規模や種類、施設の立地、(iv)適用団体の事業運営の種類、すなわち、そのような適用団体の職場

---

が障害を持つ個人と関係することを理由に他の労働者と異なる取扱いをすることは避けなければならない。

<sup>404</sup> Katie Eyer, *Rehabilitation Act Redux*, 23 Yale L. & Pol'y Rev. 271, 297 (2005); Befort & Donesky, *supra* note 395, at 1058. ADA が成立する以前、合理的配慮を規定しているリハ法 § 504 の連邦規則には、他のポジションへの配置転換が明示されていなかった。対照的に、ADA 第1編では、合理的配慮のひとつに「空きのあるポジションへの配置転換」が含まれている。ただし、1992年にリハ法が改正された時に、配慮規定を含む ADA 規定が組み込まれている。

の組織、構成、機能など、また、対象となる適用団体の施設の管理上あるいは財政上の関係も考慮される要素である（同条(10)(B)）。

ADA 第 1 編に基づく合理的配慮では、法律上規定されている項目から見ても、使用者に「重大な困難または費用を必要とする」レベルに達しない限り、提供されなければならないとしており、公民権法第 7 編に基づく合理的配慮に関して争われた最高裁判決 *TWA v. Hardison*<sup>405</sup>判決よりもはるかに高い基準を定めている<sup>406</sup>。そのため、議会も、ADA の過度の負担のテストは、公民権法第 7 編の宗教に基づく配慮のケースで扱われる過度の負担のテストよりもより厳格なものとしている<sup>407</sup>。ただし、議会は、ADA の合理的配慮規定を設ける上で、上限を明確に定めるよりも柔軟性のある規定を選択し、個々のケースで過度の負担の分析を行うことが効果的かつ有用であるとしている<sup>408</sup>。

#### (4) ADA 第 1 編で禁止される障害差別と救済

ADA 第 1 編では、適用団体が、応募手続き、雇用、昇進、解雇、報酬、職業訓練、及び他の条件、待遇、そして雇用における利益において、障害を理由に適格性を有する個人を差別することを禁止している（§12112(a)）。「障害を理由に適格性を有する個人を差別する」とは、以下の意味を含む

（§12112(b)）。(1) 応募者または労働者の障害により、当該応募者または労働者の機会または地位に悪影響を及ぼす制限、分離、または、分類をすること、(2) 適用団体の適格性を満たす障害を持つ応募者または労働者を、ADA 第 1 編で禁じられた差別につながる契約その他の協定または関係に関与させること（かかる関係には、雇用もしくは紹介機関、労働組合、適用団体の労働者に付加給付を提供している機関、または、訓練及び養成プログラムを提供している機関との関係が含まれる）、(3) 以下のような基準（standards）、規準（criteria）、管理方法（methods of administration）を利用すること(A) 障害を理由とした差別的効果を持つもの、(B) 通常的管理規定に従う他の者による差別を永続させるもの、(4) 適格性を有する個人を、障害があると分かっている個人と関係または交際があるために、平等な雇用または給付から排除すること、または、与えないこと、(5) (A)適格性を有する応募者または労働者の既知の身体的・精神的制限に対する合理的配慮を行わないこと。ただし、その配慮が適用団体の事業の運営に過度の負担をもたらすことを証明できる場合は除く。また、(B) 適用団体が、適格性を有する応募者または労働者に、当該個人の身体的または精神的機能障害に対して合理的配慮を提供する必要があることを理由に、当該個人に雇用の機会を与えないこと、(6) 障害を有する個人または集団をふるい落

<sup>405</sup> 432 U.S. 63, 84 (U.S. 1977). 原告に土曜日の休暇を与えるために、わずかな費用以上のものを被告が負担しなければならないことは、過度な負担となるとされ、「使用者にとって微々たる費用以上のものを配慮のために要求しない」とされた。

<sup>406</sup> H.R. Rep. No. 101-485, pt. 2, at 68 (1990).

<sup>407</sup> H.R. Rep. No. 101-485, pt. 3, at 40 (1990).

<sup>408</sup> S. Rep. No. 101-116, at 33-34 (1989).

とす、または、ふるい落とそうとする適格性基準、採用試験、その他の選考基準を用いること。ただし、適用団体によって使用される基準、試験または他の選考基準が当該の地位の職務に関係したものであり、かつ、事業の必要性に合致するものであることを証明できる場合はその限りではない、そして(7) 感覚・手作業・発語の技能の面で障害を持つ応募者または労働者の技能、適性及びその他のいかなる要素をも正確に反映するもの（応募者または従業員の感覚・能力・発語の損傷を反映するものでなく）であることを保証するための最も効果的な方法によって雇用に関する試験を選択し実施することを怠ること（ただし、かかる技能が、試験が測定しようとする要素である場合は除く）が含まれる<sup>409</sup>。

障害を理由とする差別に対しては、公民権法（42 U.S.C. §2000e-4, 2000e-5, 2000e-6, 2000e-8, 2000e-9）に規定されている権限、救済方法、手続きが、ADA 第 1 編でも適用される（§12117(a)）。性別や年齢による差別と同様に、障害を理由とする差別被害を受けたと思う者が ADA 違反に対する救済手続を求める場合には、まず EEOC への申立て（charge）を行わなければならない<sup>410</sup>。ADA 第 1 編違反を理由に、使用者に対し民事訴訟を提起するには、EEOC への申立てが前提条件となる。司法上の救済に関する手続に関しては、EEOC の関連が強いため、EEOC の役割の項で説明する<sup>411</sup>。

#### (5) 抗弁（Defense）

要求された配慮が過度の負担を適用団体にもたらす場合には、合理的配慮義務の履行が免除される。この消極的要件の他に、ADA 第 1 編で定められている義務の履行を適用団体が怠ったとしても、その理由が以下に該当する場合には障害差別は成立しない。

適格性基準、試験、または、選考基準が、障害者をふるい落とす、もしくは、ふるい落とそうとする、または、障害を持つ個人に職務や給付を与えないとする差別の主張に対し、適格性基準等の内容が職務に関係し、事業上の必要性と一致しており、合理的配慮によっても、そのようなパフォーマンスを成し遂げられないと証明された場合は、抗弁となり得る（§12113(a)）。また、適格性基準に職場にいる他人の健康や安全に直接的な脅威（Direct Threat<sup>412</sup>）をもたらさないことという要件を含めることができる（同条(b)）。

<sup>409</sup> 日本語訳参考、差別禁止法制度 第 1 分冊・前掲注 277, 40-41 頁。

<sup>410</sup> 差別の被害を受けたと思う者は、適用団体に対して訴訟を提起する前に、EEOC へ申立てを行う必要がある（See *supra* note 270 and accompanying text）。

<sup>411</sup> 次節「(1) EEOC と ADA 違反に対する救済」を参照。

<sup>412</sup> 「直接的な脅威」という用語は、他の人の安全や衛生に対する重大なリスクを意味し、合理的配慮によっても除去できないものをいう（§12111(3)）。

(6) 定義の曖昧さから生じる解釈上の問題

ADA 第 1 編の適用には、特定の障害、本質的職務機能の遂行、職務遂行を可能にする可能性のある配慮、そのような配慮が使用者に課す負担の 4 つの要素が相互に関係している<sup>413</sup>。その上、この関係性の複雑さは、ADA が具体的状況にきわめて依存することを意味する。なお、この 4 要素の扱いは、個々のケースにより変化する<sup>414</sup>。

また、法律上、重要な用語の定義が曖昧であることが、労働者にとっても ADA 第 1 編の法的保護を受けられるのかどうか分からないという状況を生み出しているとされる<sup>415</sup>。たとえば、職務の再編成という配慮が、本質的職務機能の一部を免除したり、障害を持つ個人が遂行可能なように職務を変更したり、適格性を満たすための配慮を求めているものなのか、また、そうすれば、職務の再編成は使用者にとって過度な負担となり得るのかという解釈上の問題が発生する<sup>416</sup>。このような解釈上の問題について、EEOC が作成した連邦規則や指針、もしくは、判例により明らかにされてきた点については、次節以降で論じることとする。

合理的配慮では、障害を持つ個人もアクセスでき、使用できるよう既存の施設を変更することなど (§12111(9)(A))、ハード面での対応が必要となる一方で、同条(9)(B)では、勤務時間の変更や配置転換など、ソフト面での対応も求めている。そのため、合理的配慮の提供には、物理的な改修等にかかるハードな費用とソフト面での変更にかかるソフトな費用（負荷）の一方、または、両方が使用者にかかるとされている<sup>417</sup>。特にソフト面での変更にかかる費用もしくは負荷は定量化し難く、合理的配慮としてどこまで提供が求められているのかの判断は難しい<sup>418</sup>。

過度な負担の判断要素に関しては、主に財政的な負担を重視し、労働環境で生じ得るその他の負担にはあまり詳細な注意が向けられていない<sup>419</sup>。合理的配慮によって障害を持つ労働者の利害と他の労働者の利害が対立するような場合、過度の負担には、同じような職場環境にいる障害を持つ労働者と障害のない労働者間の不公平を防ぐ機能があるのかどうかなど、法律上の判断要素だけでは解決しがたい解釈上の課題が残されている<sup>420</sup>。

---

<sup>413</sup> Pamela S. Karlan & George Rutherglen, *Disabilities, Discrimination, and Reasonable Accommodation*, 46 DUKE L.J. 1, 13(1996).

<sup>414</sup> *Id.*

<sup>415</sup> Robert C. Bird, *The Power of Uncertainty in Disability Law*, 34 Hamline L. Rev. 605, 621. (2011).

<sup>416</sup> Karlan & Rutherglen, *supra* note 413, at 14.

<sup>417</sup> Michael Ashley Stein, *The Law and Economics of Disability Accommodations*, 53 Duke L.J. 79, 88-89 (2003).

<sup>418</sup> *Id.* at 88.

<sup>419</sup> Nicole B. Porter (2013), *supra* note 390, at 531-532.

<sup>420</sup> Alex B. Long, *A Good Walk Spoiled: Casey Martin and the ADA's Reasonable Accommodation Requirement in Competitive Settings*, 77 Or. L. Rev. 1337, 1349-1350 (1998). Long は、不公平さを防ぐ機能が過度の負担には備わっているというが、それは、解釈の問題であり、条文にそのように明記されているわけではない。



ちなみに、議会が過度な負担に関する明確な基準を設けなかった理由を、Steven Epstein は次のように分析している<sup>421</sup>。①合理的配慮に伴う支出は些細なもので、金額制限など必要がないと考えていた、②リハ法の施行から 17 年が経過し、過度な負担の概念がその意味や適用範囲に関して当初有していた曖昧さは、判例により明確になっていると判断した、③一義的なものよりも、個別に裁判所が判断できるような厳密でない定義をするべきだと判断した、④障害の種類や必要な配慮の種類が無限にあること、また、団体が有する資源の程度が異なることから、固定化した基準では、あらゆる状況に適正に対応することが困難であると結論づけ、「重大な困難または支出」というような柔軟性のある基準が最も適切であると判断した<sup>422</sup>。

しかし、合理的配慮を要求する側にとっても、提供する側にとっても、合理的配慮規定あるいは過度の負担の判断要素にもう少し具体的な基準を設けた方が有効であったのかは、検討すべき課題である。

### 3. EEOC とその役割

EEOC<sup>423</sup>は、公民権法第 7 編をはじめとする一連の雇用差別禁止法<sup>424</sup>の施行に責任を有する連邦機関として設置され（42 U.S.C. §2000e-4）、ADA 第 1 編（雇用分野）と第 5 編（雑則）の実施に責任を有する<sup>425</sup>。EEOC は、ADA 第 1 編もしくは第 5 編違反について申立てを受理した後、調査を開始し、必要であれば調整を行う。個別の状況に応じて、EEOC が民事訴訟を提起することもあり、EEOC が訴訟提起しない場合でも、申立人に対して訴権付与状を与えることができる。

EEOC は、実効性確保のための手続きの担い手であり、同時に、連邦規則やガイダンスを作成する役割も担っている。ADA の成立（1990 年）から施行（1992 年）までの準備期間中に、EEOC は各地で障害者代表や使用者団体からヒアリングをするため公式に 62 回の話合いの場を持ち、「障害のあるアメリカ人法の雇用均等規定の施行のための規則（Regulations To Implement The Equal Employment

---

<sup>421</sup> Steven B. Epstein, In Search of a Bright Line: Determining When an Employer's Financial Hardship Becomes "Undue" Under the Americans with Disabilities Act, 48 Vand. L. Rev. 391, 427 (1995).

<sup>422</sup> *Id.*

<sup>423</sup> See *supra* note 269 and accompanying text.

<sup>424</sup> 年齢差別禁止法（Age Discrimination in Employment Act of 1967）、妊娠差別禁止法（Pregnancy Discrimination Act of 1978）等も EEOC に責任がある。人種、性別、宗教、障害、年齢、妊娠等による雇用差別を全般的に取扱っている。

<sup>425</sup> ADA 第 2 編（公的サービス）及び第 3 編（民間事業体の運営する公共的施設及びサービス）については、司法省の ADA 調停プログラム（ADA Mediation Program）を無償で利用できる（See U.S. Department of Justice ADA Mediation Program, available at <http://www.ada.gov/mediate.htm> (last visited 2018/01/26)). Key Bridge 基金による ADA トレーニングを受けた者が調停にあたる。調停は守秘義務を遵守した無償のプロセスであり、任意で弁護士を立てることもできる。調停不調の場合には、個人的に行う民事訴訟を含め、他の ADA による解決手段をすべて利用できる。

Provisions Of The Americans With Disabilities Act (29 C.F.R. §1630<sup>426</sup>)」(以下、「ADA 規則」という。)を作成した。

EEOC は、1990 年代に入り、障害と年齢に基づく差別禁止法が成立し、申立て件数が飛躍的に増加したにもかかわらず、少ない追加予算で対応しなければならなかった<sup>427</sup>。そこで、EEOC は、差別を除去するのに大きな影響を与える判例を作ることに重点を置いたり、訴訟提起の承認権限を EEOC の委員会 (General Counsel) や地方の弁護士機関に委譲するなど、訴訟への手続を効率化したりすることで、申立て件数の増加に対応した<sup>428</sup>。

また、ADA の施行後に生じた問題の複雑さから、法律上の規定を明確にし、解釈を記したガイドラインが必要となり、EEOC は、1993 年から 1999 年にかけて 8 つの指針 (enforcement guidances) を作成している。合理的配慮に関する指針として、「ADA に基づく合理的配慮に関する指針 (Enforcement Guidance: Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act<sup>429</sup>)」(以下、「EEOC 指針」という。)がある。

#### (1) EEOC と ADA 違反に対する救済

ADA 第 1 編で禁止している差別行為によって被害を受けたと思う者は、使用者に対して民事訴訟を提起する前に、EEOC に差別の申立て (Charge) を行わなければならない<sup>430</sup>。差別被害を受けたと思う者が EEOC に法違反の事実を申し立てると、EEOC による紛争解決に向けた行政手続が開始する<sup>431</sup>。原則として、申立ては差別のあった日から 180 日以内に行わなければならない (§2000e-5(e))。EEOC への申立ては、当事者だけでなく、法的に権利を侵害された者のために EEOC の委員が行うこともできる (§2000e-5(b))<sup>432</sup>。差別の申立てがなされると、EEOC には一定期間、当該申立てに関する専属的管轄権が与えられる。EEOC は、差別行為をしたとされる使用者に対して通知を行った上で、当該申立てに関する調査を行い、差別の存在が合理的に疑われる場合には、紛争の解決にむけて調整

<sup>426</sup> See *supra* note 380. 断りのない限り、本論文では 29 C.F.R. § 1630 (Vol.4, 2013)を使用する。Available at <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2013-title29-vol4/xml/CFR-2013-title29-vol4-part1630.xml> (last visited 2018/02/12).

<sup>427</sup> EEOC, History: The 1990s: New Laws, New Strategies, available at <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/1990s/index.html> (last visited 2018/02/12).

<sup>428</sup> EEOC, History: New Enforcement Strategies to Address Discrimination in the Changing Workplace, available at <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/1990s/newenforcement.html> (last visited 2018/02/12).

<sup>429</sup> See *supra* note 333.

<sup>430</sup> See *supra* note 410.

<sup>431</sup> 1972 年均等雇用機会法 (Equal Employment Opportunity Act of 1972) までは EEOC に民間の使用人を訴追する権限が与えられていなかったため、EEOC は公民権法第 7 編に基づく差別違反の事例について事実調査を行い、差別が認められる場合、当事者と協議し、差別的慣行を改めさせるよう説得するしかなかった (相澤美智子・前掲注 271, 101-102, 125, 194-195 頁)。

<sup>432</sup> 長谷川珠子 (博士論文)・前掲注 285, 39 頁。

(Conciliation) を行う (§2000e-5(b))。差別被害を受けたと思う個人が民事訴訟を提起するにあたっては、EEOC より訴権付与状 (Right to Sue Letter/Notice of Right to Sue) を得なければならない<sup>433</sup>。EEOC への申立てが民事訴訟を提起する上での前提条件となる。

調整が不調に終わった場合、EEOC は被申立人に対し民事訴訟を提起し得る (§2000e-5(f)(2))。EEOC は専属的管轄権を有している期間内に民事訴訟を提起しなければ、訴権を失うことになる<sup>434</sup>。EEOC が訴権を失った場合も、差別被害を受けた個人が EEOC より訴権付与状を得て、訴訟提起し得る。

EEOC に対する申立て件数は、1997 年から 2017 年までで平均して 1 年あたり 20,551 件である<sup>435</sup>。その中で、差別の存在について合理的理由がないとされるのは、平均して約 60.28%になる<sup>436</sup>。また、本案の解決 (Merit Resolution) に進んだのは平均して 20.99%である<sup>437</sup>。差別の存在について合理的な理由が認められたものの、調整がうまくいかなかったケースは、一度申立てを終了し、訴訟による解決に向けた検討がなされる。EEOC が本案の解決を障害種目ごとにまとめた 2017 年のデータをみると、件数として多いのは、障害があるとみなされたケースと過去に障害を負ったケースであり、これに腰や背中などに障害を持つ整形外科的な障害、非まひ型の整形外科的障害、うつ病、不安症が続いている<sup>438</sup>。

## (2) ADA 規則 (29 C.F.R. § 1630)

ADA では、ADA 成立後 1 年以内に、連邦機関に第 1 編を施行するための連邦規則 (Regulations) を作成することを義務づけており (§12116)、当規定に従い、EEOC は ADA 第 1 編を施行するための連邦規則として、ADA 規則を作成した。EEOC は 2008 年の ADA 改正に基づき、ADA 規則を修正し、附

<sup>433</sup> See *supra* note 410.

<sup>434</sup> 相澤 美智子・前掲注 271, 125 頁。

<sup>435</sup> EEOC, Americans with Disabilities Act of 1990 (ADA) Charges (Charges filed with EEOC), available at <https://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/ada-charges.cfm> (last visited 2018/05/04).

<sup>436</sup> *Id.* 調査で得られた証拠に基づき、差別の存在を信じ得る合理的理由がないと EEOC が決定したものの。この場合でも、申立てをした当事者は、民事訴訟を提起する権利を行使することもある。

<sup>437</sup> *Id.* 本案の解決 (Merit Resolution) には、証拠事実により当然の結果としての和解 (settlement)、賠償など望んでいた利益を受け取り、申立てを取り下げたケース (withdrawal with benefit)、差別の存在について合理的な理由が認められ、調整が成功したケース (successful reasonable cause)、及び、合理的な理由が認められたが、不成功に終わったケース (unsuccessful reasonable cause) が含まれる (EEOC, Definitions of Terms, available at <http://eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/definitions.cfm> (last visited 2018/01/26))。

<sup>438</sup> EEOC, ADA CHARGE DATA by IMPAIRMENTS/BASES - MERIT FACTOR RESOLUTIONS (Charges filed with EEOC) FY 1997 - FY 2017, available at <http://eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/ada-merit.cfm> (last visited 2018/01/26).

則（29 C.F.R. Pt. 1630, Appendix）の解釈指針（interpretive guidance）とともに最終版を2011年3月25日に発行した<sup>439</sup>。

ADA規則では、合理的配慮に関し、法律にはない合理的配慮の一般的な枠組みを提示している。その他、ADA規則では、合理的配慮を必要とする障害を持つ個人と使用者の間で、配慮を特定するための非公式な対話（相互プロセス）が求められている。以下では、特に法律上は詳細な説明がなく、ADA規則で補足されているものについて確認する。

#### （ア）合理的配慮（reasonable accommodation）

ADA規則によると、合理的配慮とは、(i) 採用時の応募者に対する配慮（「適格な障害を持つ応募者が、希望するポジションの候補者として考慮されるようになるための、採用プロセスにおける変更または調整」）、(ii) 職務遂行のための配慮（「適格な障害を持つ個人がそのポジションの本質的機能を果たすことを可能にする、職場の環境、または、雇用されている、もしくは、希望するポジションで慣習的に行われている方法や環境に対する変更または調整」）、そして、(iii) 労働者としての利益を享受できるための配慮（「適用団体で雇用されている障害を持つ個人が、同団体で同様の状況にいる障害のない労働者が享受する給付や恩恵と同じものを享受できるようにする変更または調整」）である（29 C.F.R. §1630.2(o)(1)）<sup>440</sup>。このように、職務遂行を可能とするためだけでなく、労働者として享受する利益や恩恵についても、障害のない労働者と同等に、障害を持つ労働者が享受できるようにすることが明確に求められているのも注目すべき点である。また、以上の規定から、「合理的配慮」は、結果の平等ではなく、機会の平等を実質的に保障するための手段として位置づけられているとされる<sup>441</sup>。

さらに附則では、合理的配慮規定の解釈として、個人が均等な雇用機会を享受することを可能にする手段と記載されている（29 C.F.R. Pt.1630, app. § 1630.2(o)）。また、個別の配慮について具体的な説明がなされ、合理的配慮のひとつである職務の再編成は、使用者に本質的職務機能を再配置することを要求しているのではなく、本質的でない、適格な障害を持つ労働者が遂行できない周辺の機能を再配置したり、再分配したりすることを求めているとしている。使用者は、勤務スケジュールの変更やパートタイム化を認めることによって、職務機能を遂行する時間や方法の変更も求められることもあるとされる（同条）<sup>442</sup>。

<sup>439</sup> Federal Register, available at <https://www.federalregister.gov/articles/2011/03/25/2011-6056/regulations-to-implement-the-equal-employment-provisions-of-the-americans-with-disabilities-act-as> (last visited 2015/6/1).

<sup>440</sup> 日本語訳参考、差別禁止法制度 第1分冊・前掲注277, 127頁, 内閣府「障害のあるアメリカ人法改正法の雇用機会均等の規定を施行するための規則（抄）」（米国国立公文書記録管理局雇用機会均等委員会 29 C.F.R. § 1630）。

<sup>441</sup> 青柳幸一・前掲注316, 66頁。

<sup>442</sup> 例えば、慣習的に早朝行われていたものを遅い時間に変えることが求められる。同様に、手書きは無理でも、タイピングはできる労働者に対する配慮として、習慣として手書きで行っていた作業をコンピューター化することが求められるとしている。

空きのあるポジションへの配置転換は、一般的に、当該個人が雇用されている現在のポジションで必要な合理的配慮が過度の負担を課すとされた時にのみ考慮される（29 C.F.R. Pt.1630, app. § 1630.2(o)）。当該配慮は、応募者には適用されない。また、障害を持つ個人が、合理的配慮として配置転換を要求したときに、空きのあるポジションがなかったとしても、たとえば、来週、同等のポジションが空くことが分かっているような状況であれば、使用者は、ポジションが空いた時点で、配置転換すべきとされる（同条）。さらに、障害を持つ個人を現在のポジションにとどめることができる配慮が存在せず、同等のポジションに空きがない場合には、使用者は当該個人を低い職位のポジションに配置転換することができる。その場合は、使用者が当該個人を低い職位に異動させた後も、高い職位で支払っていた給料を維持する義務はない。また、使用者は、合理的配慮として、障害を持つ個人を昇進させるような配置転換を行う義務はない（同条）。

#### （イ）相互プロセス（interactive process）

ADA 規則では、ADA の条文の説明や解釈だけでなく、法律上規定されていない合理的配慮の決定に関する手続きを定めている。直接対応する ADA の規定はないものの、適切な合理的配慮を特定するために、ADA 規則では、適用団体が、配慮を必要とする障害を持つ個人と非公式な対話をする（以下、この非公式な対話のことを「相互プロセス」という。）について定められている（29 C.F.R. §1630.2 (o)(3)）。

適切な合理的配慮は、使用者と障害を持つ個人の双方が関わる、柔軟な対話型のプロセスを経ることによって最も良いものが決定できると考えられている（29 C.F.R. Pt. 1630, app., §1630.9）。その具体的な手順として、障害を持つ個人が職務遂行のために必要な合理的配慮を要求した場合、使用者は、問題解決の手法を使用して、「(1) 関係する特定の職務を分析し、その目的と本質的機能を判定する。(2) その個人の障害によってもたらされている職務に関係する制限と、合理的配慮によってその制限がどのように克服されるのかを把握するため、障害を持つ個人に相談する。(3) 配慮を受ける障害者との相談の中で、可能性のある配慮を特定し、その個人が職務の本質的機能を行えるようにするそれらの効果を評価する。(4) 配慮を受ける障害者の選好（preference）を考慮に入れ、使用者と労働者の双方にとって最も適切な配慮を選択し、実施する<sup>443</sup>」ことが求められている（29 C.F.R. Pt. 1630, app., §1630.9）。この手順は、障害を持つ応募者への合理的配慮を決定する際にも、適切な配慮を決定するために用いることができるとしている。

また、対話を行っても適切な配慮が特定できない場合には、相互プロセスの一部として、使用者が特定の状況下でどのような配慮を提供すべきかを決定するのに役に立つ技術援助を EEOC、州や地域のリハビリテーション機関、障害者当事者団体等から得ることもできる。ただし、ADA を実施する連邦

<sup>443</sup> 日本語訳参考、差別禁止法制度 第 1 分冊・前掲注 277, 127 頁。

機関からの技術援助を受けることができなくても、使用者の合理的配慮の義務を免除することにはならない (29 C.F.R. Pt. 1630, app., § 1630.9)。

#### (ウ) 適格性と本質的機能 (qualified individual / essential job functions)

本質的機能 (essential functions) とは、障害を持つ個人が雇用されるもしくは希望するポジションにおける基本的な職務内容であり、「本質的機能」には当該ポジションの周辺の機能は含まれない (29 C.F.R. § 1630.2(n)(1))。

何が本質的職務機能に該当するかを判断する際に、考慮すべき要因として、(i) どの機能が本質的であるかについての使用者の判断、(ii) 募集を出す時、または、応募者と面接する前に準備していた職務明細、(iii) その機能を遂行するのに費やす時間の割合、(iv) 現職に当機能の遂行を要求しなかった場合の影響、(v) 労働協約の条件、(vi) 過去にその仕事に従事していた者の就労実績、(vii) 同様の仕事をしている者の現在の就労実績、が挙げられている (29 C.F.R. §1630.2(n)(3))。

障害を持つ個人は、自身が承諾しない配慮、援助、サービス、機会または便益を受ける必要はない。しかし、当該個人が雇用されている、または、希望するポジションの本質的機能を遂行するために必要な合理的配慮、援助、サービス、機会または便益を拒否し、拒否したために当該ポジションの本質的機能を遂行することができない場合は、当該個人は適格性があるとはみなされない (29 C.F.R. §1630.9(d))。

なお、適格性基準 (qualification standards) とは、「技能、経験、教育、身体的または精神的安全性、及び、その他の要件を含む個人的及び職業的特徴で、保有する、または、希望するポジションにおいて適格性があるとみなされるために、個人が満たさなければならない要件」を意味し、使用者側 (適用団体) により設定されるものであると定義されている (29 C.F.R. §1630.2(q))。適用団体が、障害を持つ個人をふるい落とそうとするような基準を設定することは、その基準が当該職務に関係し、事業運営上必要であることが証明されない限り、許容されない (§12113(a), 29 C.F.R. §1630.10(a))。

#### (エ) 過度な負担 (undue hardship)

過度な負担に関しては、要求された配慮が過度な負担となるかどうかを判断する要素として、「合理的配慮に必要な費用に関しては、税額控除、課税控除、資金援助などを考慮した上で、実際に支払う費用を考慮すること」 (29 C.F.R. §1630.2(p)(2)(i)) とされている<sup>444</sup>。また、その他の判断要素として、「その施設の運営に及ぼす配慮の影響、他の労働者が職務を遂行する能力に与える配慮の影響、及び、

<sup>444</sup> 障害者に対する合理的配慮を行った適用団体に対しては、税の優遇が行われ、建築物、交通、コミュニケーションに関する障害物を除去した場合、最大 15,000 ドルまで控除される。フルタイム勤務の従業員が 30 人以下で、年間収益が 100 万ドル以下の小規模事業所が、事業所施設及びプログラムをアクセス可能にした場合には、最高 5,000 ドルを上限とし、ADA の遵守に伴う費用の半分を控除できる (Job Accommodation Network (JAN), Tax Incentives, available at <https://askjan.org/media/tax.html> (last visited 2017/11/09), 日本語訳参考, 「合理的配慮」に関する研究・前掲注 2, 76 頁)。

その施設が事業を行う能力に及ぼす配慮の影響」 (29 C.F.R. §1630.2(p)(2)(v)) が定義に追加されている。実際、合理的配慮には、装置の購入など費用のかかるものから、勤務スケジュールの変更など費用がほとんどかからないものまである。財政上の負担だけでなく、事業運営の観点から、使用者は、合理的配慮を講ずることが他の労働者の職務遂行能力に著しい混乱をもたらす場合に、過度の負担とすることができる (29 C.F.R. § 1630.2(p))。

ただし、過度の負担は、合理的配慮を提供しなかったことに対する使用者の抗弁となり得るが、使用者は、配慮が過度の負担となることを主張するだけでは足りず、それを証明する必要がある (29 C.F.R. app. § 1630.15(d))。

#### (オ) 障害がないことの主張 (Claims of no disability)

ADA では、障害がないために差別の対象となったとする逆差別を訴訟理由として認めていない (§12201(g))。ADA 規則でも「障害のない個人に、障害がないために差別の対象となったという主張の根拠を提供するものではない。かかる主張は、障害者には認められる配慮が障害のない個人には拒否されたとの主張を含む」 (29 C.F.R. §1630.4(b)) とされている。合理的配慮との関係では、上記の通り、障害のない個人が障害者には提供されている配慮が自分には提供されないことをもって ADA 違反を主張することはできない。同時に、使用者は、逆差別を理由とする訴訟提起を受けることを理由に、過度な負担がもたらされるとして、配慮の不提供を正当化することはできない<sup>445</sup>。

#### (カ) 直接的な脅威 (direct threat)

ADA 規則では、「職場にいる障害を持つ個人または他の者の健康や安全に直接的な脅威 (direct threat) をもたらさないという要件を「適格性基準」に含めることができる」 (29 C.F.R. §1630.15(b)(2)) とされており、法律上の文言と異なり、「障害を持つ個人」の健康や安全も含まれている。また、ADA 規則で、直接的な脅威は、次のように定義されている。「障害を持つ個人または他の者の健康や安全性に対し甚大な被害をもたらす相当の危険性で、合理的配慮によっても排除または軽減することができないものを意味する。個人が『直接の脅威』を引き起こすかどうかの判断は、その個人が職務の本質的機能を安全に遂行できる現在の能力についての個別の評価に基づくべきである。この評価は、最新の医療知識また入手可能な最良の客観的証拠にもとづいた合理的な医学的判断によって行わ

---

<sup>445</sup> Charles Conway, *supra* note 385, at 741-742. 公民権法第 7 編では、性別や人種による差別を是正するためのアファーマティブ・アクション等により不利益を被ったと考える男性や白人などのマジョリティーも訴訟で逆差別を争うことができる (McDonald v. Santa Fe Trail Transp. Co., 427 U.S. 273 (U.S. 1976)). 一方で、ADA ではこうした逆差別を理由とする訴訟提起のリスクを使用者は考慮しなくてよい。ちなみに、公民権法第 7 編でもアファーマティブ・アクションによる不利益を差別として認めるかどうかの判断は分かれている。United Steelworkers v. Weber, 443 U.S. 193, 209 (U.S. 1979)では、民間セクターが自主的に相当な人種の不均等をなくすために行っているアファーマティブ・アクションは、第 7 編の人種差別に当たらないとされている。

れるものとする。個人が直接の脅威を引き起こすかどうかの判断に当たっては、次の要因、(1) 危険の期間、(2) 潜在的被害の性質及び程度、(3) 潜在的被害が起こる可能性、及び(4) 潜在的被害の切迫性を考慮する」(29 C.F.R. § 1630.2(r))とされている。

(キ) 連邦規則の効力について

連邦規則の効力に関して、法令が多様な解釈を許す場合には、行政府の解釈が許容されるものである限りにおいて尊重され得る<sup>446</sup>。ADA 規則は、裁判所がその解釈を尊重することが多い。たとえば、EEOC v. UPS Supply Chain Solutions<sup>447</sup>では、労働者として享受する利益や恩恵についても合理的配慮によって障害のない労働者と同様に享受できるようにするべきだとする ADA 規則 (29 C.F.R. § 1630.2(o)(1)(iii)) を尊重する形で判決が出されている<sup>448</sup>。

また、直接的な脅威の抗弁 (29 C.F.R. § 1630.15(b)(2)) が、障害を持つ労働者自身の安全や衛生に対してリスクを及ぼす場合にも有効なのかどうかについては Chevron U.S.A. v. Echazabal<sup>449</sup>で争われ、最高裁は、障害を持つ労働者自身へのリスクを直接的な脅威の抗弁では明らかに排除しているとはいえないとした<sup>450</sup>。

(3) EEOC の合理的配慮に関する指針

EEOCは、合理的配慮に関する指針の他にも、精神障害に関するものや採用に関するものなど使用者の具体的な義務の履行に関する指針を多数作成している<sup>451</sup>。合理的配慮に関するEEOC指針は、2002年

---

<sup>446</sup> Chevron, U.S.A. v. Natural Resources Defense Council, 467 U.S. 837, 842-843 (1984). 第1段階では、法令における立法府の意図が一義的に明確であればそれが採用され、それに反する行政府の法令解釈は退けられるが、もし法令が多義的な解釈を許すなら第2段階として、行政府の行った解釈が「許容しうる(permissible)」ものかどうかを検討され、もし許容可能なら、たとえ裁判所自身は異なる解釈を支持する場合でも、その行政府の解釈が尊重される。

<sup>447</sup> 620 F.3d 1103 (9th Cir. Cal. 2010).

<sup>448</sup> 本件につき、2011年には同意判決がなされ、UPS Supply Chain に対して、ADA では、契約条件、雇用条件、あらゆる雇用上の利益や特権に関して、効果的で可能な合理的配慮を適切なタイミングで提供することが求められているとしている。また、それらの内容には、研修、成績評価、職務規律会議、相互プロセス、調査、スタッフミーティング、事務所設備、会社施設、祝賀会、チーム育成のための活動や、プレゼンテーションがされる公式な社交行事を含めた会社行事などがある (United States EEOC v. UPS Supply Chain Solutions, 2011 U.S. Dist. LEXIS 147410 (C.D. Cal. Dec. 20, 2011) Content Decree and Order IX. C. 6.a)。

<sup>449</sup> 536 U.S. 73, 79-80 (2002). なお、2003年の差戻審で、第9巡回裁判所は、労働者自身への直接的な脅威を立証するためには、客観的な評価に基づく必要があるとし、そのような証拠が示されていないので、地裁によるサマリー・ジャッジメントは無効とされた (336 F.3d 1023, 1033-1034 (9th Cir. Cal. 2003))。

<sup>450</sup> See *infra* notes 726-731 and accompanying text. 本章「4 (7) (イ)労働者の安全や衛生に対するリスク」を参照。

<sup>451</sup> EEOC の指針やその他 Q&A 文書に関しては、障害者職業総合センター編・前掲注 409 資料、147-251 頁を参照。また、EEOC 指針の日本語訳についても、当資料を参考にした。



の最高裁判決（US Airways, Inc. v. Barnett<sup>452</sup>）（以下、「Barnett判決」という。）を踏まえて改正されたものである。EEOCは、本指針を参考しながらも、個々の合理的配慮の内容は、障害を持つ者と使用者との話し合いを通して特定され、必要な配慮が決定されていくものであると考えているとされる<sup>453</sup>。

EEOC 指針は、より実際の労働環境を想定したものであり、具体的な事例を紹介しながら、合理的配慮の説明を行っている<sup>454</sup>。以下では、EEOC 指針の一般原則を紹介し、個別の具体的事例については「空きのあるポジションへの配置転換」のみ取り上げ、その他は次節で判例とともに紹介する<sup>455</sup>。なお、Barnett 判決を受けて、改正された内容は、ポイントとなる部分だけを取り上げることにする。

本指針では、求人または募集過程における調整、職務遂行のための方法や作業環境の調整、あるポジションに就くにあたって必要な環境の調整、福利厚生など公平な雇用上の利益を受けられることなどを合理的配慮として挙げている<sup>456</sup>。合理的配慮とは、個人がそのポジションで求められる本質的機能を遂行することを可能にするものであり、また、障害を持つ応募者が、採用プロセスに参加する平等な機会を確保するためのものである。さらに、合理的配慮は、障害のない労働者が享受する雇用による利益や特権を享受できるようにするものである<sup>457</sup>。

合理的配慮は職務に関連するものでなければならないとされる。個人のニーズよりも職務関連性を満たすものが求められている。そのため、使用者は、業務上、業務外の両方で日常的な活動を行うために必要な個人使用の品を合理的配慮として提供する必要はないとしている。その例として、義肢、車椅子、めがね、補聴器、その他障害を持つ個人が業務外でも使用する装置などを挙げている。さらに、職場内の設備で業務に関連のないポットや冷蔵庫など個人使用の生活用品・設備について、障害のない労働者に提供していないならば、使用者は合理的配慮として提供する必要がないことを明記している。特別に設計された、あるいは、個人的なニーズではなく職務に関連するニーズを満たすために設計された用品・設備である場合、それらは合理的配慮とみなされる場合があるとされている<sup>458</sup>。

過度な負担に関しては、一般に ADA で規定されている過度な負担の判断要素は財政的な要素が多いものの、過度の負担は経済的負担のみを意味するのではないと明言している<sup>459</sup>。「『配慮』が過度に大規模であるとか、根本的であるとか、混乱を伴うようなものであるとか、あるいは事業の性格や運営に

---

<sup>452</sup> 535 U.S. 391(2002), *see infra* notes 943-969 and accompanying text.

<sup>453</sup> EU Network of Independent Experts on Disability Discrimination, Baseline Study Disability Discrimination Law in the EU Member States, 9-10 (2004).

<sup>454</sup> EEOC 指針では、合理的配慮として列挙された配慮内容や過度の負担について説明しているとともに、実際の労働環境で起こり得る問題について、質疑応答形式で EEOC の解釈を示している。

<sup>455</sup> 本章「4 ADA 第 1 編における裁判例の検討—要求した配慮が認められるための法律要件」を参照。

<sup>456</sup> *See supra* note 333.

<sup>457</sup> *See* EEOC 指針 “GENERAL PRINCIPLES - Reasonable Accommodation”, *supra* note 333.

<sup>458</sup> *Id.*; 29 C.F.R. Pt. 1630 app. §1630.9 (1997).

<sup>459</sup> *Id.* *See* “GENERAL PRINCIPLES - Undue Hardship”.

変化をもたらすような事業の根幹にかかわる性格のものも指す」としている<sup>460</sup>。他の労働者に影響を及ぼす配慮に関しても過度な負担の例で取り上げ、「使用者は、障害を持つ労働者の勤務時間を変更することが他の労働者の職務遂行を妨げる場合であっても、勤務時間を変更しなければならないか？」という問いに対しては、「変更する必要はない」としている<sup>461</sup>。つまり、過度の負担かどうかを判断する要素には、財政的な問題、また、事業の根幹にかかわる性質のもの以外に、他の労働者にかかる負担も含むという認識を示している。

ADA 第 1 編では、採用プロセスにおいて、使用者が平等な機会を確保するための配慮を応募者に対して行うことも義務づけている (§12112(b)(5)(A)) が、「空きのあるポジションへの配置転換」は、応募者への配慮には含まれないとされる<sup>462</sup>。

本指針では、「空きのあるポジションへの配置転換」に関して、労働者は空きのあるポジションで求められる「適格性」を有していなければならないが、最も適格である必要はないとされている<sup>463</sup>。配置転換は最終手段として考えるもので、使用者はまず労働者が現職にとどまることができるような「配慮」を検討する必要がある。そのため、配置転換は「(1) 労働者が現職に必要な本質的機能を遂行できるような効果的な「配慮」がない、または (2) 他の合理的配慮がすべて過度の負担となる」と判断された場合にのみ考慮される<sup>464</sup>。

また、使用者が妥当な期間内に空席になることを知っているポジションも「空きのあるポジション」に含まれ、「妥当な期間」については、使用者が経験からまもなく空席になると予想できるといったことを検討して個別に判断しなければならないとされている。ちなみに EEOC の指針の事例の中では、4 週間は妥当とされているが、6 カ月は妥当な期間とはされていない<sup>465</sup>。

さらに、使用者が配置転換を認めていない場合でも合理的配慮として配置転換を行う義務があり、そして、明確に、配置転換は、労働者が空きのあるポジションを競争して獲得することができるという意味ではなく、配置転換とは、労働者が当該ポジションにおいて適格であれば、当該ポジションに就くという意味であるとしている<sup>466</sup>。そうでなければ、配置転換の有効性はほとんどなく、議会の意図にのっ

---

<sup>460</sup> *Id.*

<sup>461</sup> *Id.* See “UNDUE HARDSHIP ISSUES 43”.

<sup>462</sup> *Id.* See “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE – reassignment”.

<sup>463</sup> *Id.*

<sup>464</sup> *Id.*

<sup>465</sup> *Id.* See “Example C & D”.

<sup>466</sup> *Id.* See “26 & 29”.

一方、**Barnett** 判決後の変更点として、一般的に、配置転換が先任権制度に反するとみられる場合には、「合理的でない」とみなされるとされた<sup>467</sup>。

配置転換以外では、**Barnett** 判決後の変更点として、「合理的」といえる変更・調整に関する記述が追加されている。それによると、「合理的」とは、「一般的見地または状況から見て、一見して合理的と考えられる場合」、すなわち「実現可能である」「実現の可能性が高い」という意味とし、一方、障害を持つ個人のニーズを満たす効果があることは「配慮」に含まれているとする<sup>468</sup>。これは **Barnett** 判決の解釈を導入した形になっている。配慮は、個人のニーズを満たす効果的なものでなければならぬとされている<sup>469</sup>。

また、**EEOC** 指針の「証明責任 (Burden of Proof)」の項では、連邦最高裁が、**Barnett** 判決で、合理的配慮の不提供を争う **ADA** 訴訟での障害を持つ個人（原告）と使用者（被告）の証明責任を明らかにしたことが記載され、指針としても、**Barnett** 判決の主張・立証責任を採用している<sup>470</sup>。それによると、「原告は（被告のサマリー・ジャッジメントの申立てを阻止するために）、『配慮』が一見して、すなわち、通常あるいは多くのケースにおいて、合理的であることだけを示せばよい」、「原告が、必要とする『配慮』は『合理的』であることを示せば、証明責任は被告に移り、特定の状況では、合理的配慮を講じることが過度の負担となることを証明する、当該ケース固有の証拠を示して立証しなければならない」としている<sup>471</sup>。

合理的配慮に関する **EEOC** 指針に関しては、一部「**ADA** と精神障害に関する **EEOC** 指針<sup>472</sup>」への批判と同じ内容が当てはまる。**EEOC** は、いくつかの判例に対して批判的な見解を持ち、本指針でそれを修正する試みをしている。**Barnett** 判決を含め数多くの判例を参考に作成されており、裁判所に沿った解釈を行うこともあれば、裁判所解釈を否定し、判例とは異なる解釈をしているところもある<sup>473</sup>。ま

---

<sup>467</sup> *Id.* See “31”.

<sup>468</sup> *Barnett*, 535 U.S. at 401-402.

<sup>469</sup> See **EEOC** 指針 “GENERAL PRINCIPLES - Reasonable Accommodation”, *supra* note 333.

<sup>470</sup> *Id.* See “BURDENS OF PROOF”.

<sup>471</sup> *Id.*

<sup>472</sup> **EEOC** Guidance on the **ADA** and Psychiatric Disabilities(1997/3/25), available at <http://www.eeoc.gov/policy/docs/psych.html> (last visited 2018/01/26). 蓄積された判例法理を中心に **ADA** の精神障害に関する解釈をまとめ、精神障害により現れる行動に対して、使用者が障害によるものと理解しないでマイナスの評価を下すなど、職場での差別に対して適切な救済がされない、すなわち、**ADA** による法的保護が精神障害者に与えられないような事態に対応するために作成された。

<sup>473</sup> See **EEOC** 指針 “REQUESTING REASONABLE ACCOMMODATION” & “footnote 19”, *supra* note 333. *Taylor v. Principal Fin. Group, Inc.*, 93 F.3d 155, 165 (5th Cir. 1996), 及び, *Miller v. Nat'l Cas. Co.*, 61 F.3d 627, 629-630 (8th Cir. 1995)で、相互プロセスを開始する前に、障害を持つ個人が障害に関する情報を使用者に対して十分に提供しているといえることを求めた裁判所の判断を批判している。

た、ADA の適用範囲や文言を拡大解釈し<sup>474</sup>、それによって、裁判所が EEOC の指針を尊重するかどうか態度が分かれている<sup>475</sup>。これらを受けて、結果的には問題をより複雑にしたとの批判がある<sup>476</sup>。

#### (4) 小括

EEOC は、ADA の実施を担う機関として、規則や指針作り、申し立てられた差別に関する調査や調停など幅広い責任を負っている。雇用分野において障害に基づく差別を受けたと思う個人は誰でも EEOC に申し立てができ、EEOC は申し立てを受理した後、申し立てのあった差別について実態調査を行なう。調査結果として、当該申し立てに関わる差別が存在したと信じるに足る合理的な理由がある場合、EEOC による紛争解決のための調整が行われる。EEOC は裁判前の紛争解決機関として、重要な役割を担っている。差別があったと信じるに足る合理的な理由が存在しないと EEOC が判断した場合、あるいは、EEOC による調整が不調に終わった場合に、EEOC より訴権付与状を受けて、差別被害を受けたと思う人は訴訟を提起し得る。また、EEOC が差別的な慣行のある使用者に対して民事訴訟を提起するケースもある<sup>477</sup>。

法律上の規定に基づき EEOC が作成した ADA 規則は、許容される解釈 (Permissible Construction) の範囲内である限り、裁判所もその内容を尊重する<sup>478</sup>。一方で、EEOC 指針で示された内容を裁判所が尊重するとは限らず、内容によっては、裁判所が EEOC の解釈とは異なる判断を行うこともある。

#### 4. ADA 第 1 編における裁判例の検討—要求した配慮が認められるための法律要件

本節から第 6 節までは、主に ADA 第 1 編の下での合理的配慮にかかる裁判例を取り上げる。本節では、配慮の合理性要件を含め、合理的配慮の提供義務が使用者が怠ったことを示すために必要な他の要

---

<sup>474</sup> See EEOC 指針 “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE 17&19”, *supra* note 333. EEOC 指針では、障害を理由に合理的配慮として取得した休曜日数は、使用者の欠勤方針、解雇方針で定めている最大欠勤日数に含めることはできないとしているが、このような解釈は、特に法律上明示されているものではない。Matthews v. Commonwealth Edison Co., 128 F.3d 1194, 1197-1198 (7th Cir. 1997)で、数か月休職し、フルタイム就労の許可が下りるまでパートタイムで復職した原告に対し、生産性が低いことを理由に使用者は解雇できると第 7 巡回裁判所は判示している。しかし、EEOC は、障害のために合理的配慮として休暇や勤務時間の変更が必要であったことを考慮していないとしてこの判決に反対している。

<sup>475</sup> 裁判所も EEOC 指針を支配的なものとして認めた先行判例がないことを指して EEOC 指針の解釈を否定することもある。See Kobus v. College of St. Scholastica, Inc., 608 F.3d 1034 (8th Cir. Minn. 2010).

<sup>476</sup> 永野 秀雄「障害のあるアメリカ人法における『精神的障害をもつ人』に対する雇用差別規制法理」法志 98(1)号 (2001) 41, 44 頁。

<sup>477</sup> 相澤 美智子・前掲注 271, 146 頁。「EEOC は差別が存在したと信じるに足る合理的理由があると判断した場合にも、救済命令を発することができない。つまり、事件は EEOC による調整または裁判所の判決によって決着をみるほかない」とされる。

<sup>478</sup> Jones v. American Postal Workers Union, 192 F.3d 417, 427-428 (4th Cir. W. Va. 1999).

件をみながら、総論的に法律上明示された要件と裁判所や EEOC による解釈上認められる要件を確認する。個別具体的な合理的配慮の問題については、次の第 5 節、第 6 節で扱う。

合理的配慮に関しては、条文の文言が抽象的で多義的な解釈が可能である。そのため、条文で明らかに要件とされていなくても、裁判所や EEOC による解釈に基づき認められた要件もある。合理的配慮の不提供を裁判で争う場合には、労働者が ADA 第 1 編で定義された障害を有していること（障害要件）、適格性を有すること（適格性要件）、合理的配慮が必要なことを適切に要求していたこと

（Request 要件）、及び、要求した配慮が合理的であること（合理性要件）を満たしているかどうか問われる。このうち、Request 要件は、法律上から類推できるところもあるものの、判例や EEOC 指針による解釈に基づき認められた要件であり、合理性要件も、条文からは必ずしも法律上の要件とはいえないところ、判例上では要件とされている。

他方、要求された配慮が過度の負担をもたらす場合には、合理的配慮の提供義務に対する消極的要件となる。また、労働者を雇用することが直接的な脅威をもたらす場合は、ADA 第 1 編で禁止されている差別的行為を行ったことへの、すなわち、合理的配慮を提供しなかったことへの抗弁となる。本節では、そのような合理的配慮に関わる法律要件や抗弁の内容を確認する。なお、合理的配慮の決定プロセスに関するものとして、使用者側の合理的配慮の不提供を争う際に、相互プロセス（Interactive Process）への関与がないことを原告が主張するケースもあるため、相互プロセスに関しても取扱う。

#### （1） 合理的配慮の不提供を争う場合の主張・立証構造（Burdens of Proof）

ADA 第 1 編に基づく訴訟で、EEOC または差別を受けたと主張する当事者が、合理的配慮の不提供を主張する場合、原告はどのような証明責任を負うかは重要な問題となる。また、被告がサマリー・ジャッジメントを申し立てた場合に、原告が被告に有利なサマリー・ジャッジメントが下されることを阻止するためには、どのような証拠の提出が求められるのかも重要な問題であるため、本項で確認する。

合理的配慮の不提供について争われた *Rocafort v. IBM Corp.*<sup>479</sup>で、第 1 巡回裁判所は、地裁が認めた被告に有利なサマリー・ジャッジメントを見直し、原告が被告の申し立てたサマリー・ジャッジメント<sup>480</sup>を阻止するためには、「道理にかなった陪審（reasonable jury）であれば、①Rocafort（原告）は ADA の定義に基づく障害を有する者である、②合理的配慮があれば、もしくは、なくとも、当該職務

<sup>479</sup> 334 F.3d 115 (1st Cir. 2003). 合理的配慮の不提供に関する原告の主張について、地裁は、被告は原告が提案した配慮の一部を提供しており、原告が提案したその他の配慮は合理的ではないという理由で、被告に有利なサマリー・ジャッジメントを下している（at 119）。

<sup>480</sup> サマリー・ジャッジメント（事実審理を経ない判断）を申し立てる場合、申立人はサマリー・ジャッジメントを得るために、重要な事実における真正な問題がないこと、及び、申立人は法律問題として判決を受ける権利があることの主張を裏付けなければならない（*Sands v. Ridefilm Corp.*, 212 F.3d 657, 660-661 (1st Cir. Mass. 2000); *Karl Oakes*, 73 Am Jur 2d Summary Judgment § 17.）。

の本質的機能を遂行する能力がある、及び、③IBM（被告）が Rocafort（原告）の障害について知っていながら合理的に配慮を提供しなかったと判断する十分な証拠を提出しなければならない」とした<sup>481</sup>。その上で、第 1 巡回裁判所は、最も原告に好意的な見方で注意深く事実を見直した結果、原告は、被告が原告の障害に対して合理的に配慮しなかったことを示す十分な証拠を提出できていないと判示した<sup>482</sup>。同様に、*Bunn v. Khoury Enters.*<sup>483</sup>で、合理的配慮の不提供の主張を確立するには、原告は、「①原告が障害を持つ適格性を有する個人であること、②使用者は障害を認知していたこと、③使用者は障害を合理的に配慮しなかったこと」を示さなければならいとし、地裁は、③を示せていないことを理由に、被告のサマリー・ジャッジメントの申立てを認め、控訴審でも地裁の判断が支持された<sup>484</sup>。

ADA 第 1 編では、合理的配慮の存在及び実現可能性を証明する責任はどちらの当事者にあるのかについて、条文上明示されていない。これに関して、議論の余地があるとしながらも、合理的配慮規定の解釈からは、被告（使用者）が過度な負担の積極的抗弁として配慮が不可能なことを証明する責任を負い、他方、ADA 第 1 編に基づく訴訟を提起するためには、法的保護の対象となる「適格性を有する」ことを証明しなければならず、すなわち、原告（労働者）が、合理的配慮があれば、もしくは、なくても、本質的な職務機能の遂行が可能であることを示さなければならいと考えられるので、原告に本質的職務機能の遂行を可能にする合理的配慮の利用可能性を証明する責任があるとする見解がある<sup>485</sup>。

そこで、2001 年に、第 1 巡回裁判所は、*Reed v. LePage Bakeries, Inc.*<sup>486</sup>で、これまで ADA 第 1 編の下での合理的配慮にかかる訴訟で、原告と被告の責任が明確に区別されていなかった点について、この機会に明らかにするとした<sup>487</sup>。本件の地裁判決では、原告の提案した配慮が合理的であることを示す証拠を原告が提出していないことを理由に、被告に有利なサマリー・ジャッジメントが認められた<sup>488</sup>。これに対し、EEOC は、上訴の際に、アミカス・クリエ意見書（法廷助言書）を提出し、地裁は要求された配慮が過度な負担をもたらすかどうかを証明する被告の責任を原告に転換していると主張した<sup>489</sup>。EEOC は、合理的配慮に関する証明において原告が有する責任は、提案した配慮は、原告の効果的な職務遂行を可能にするものであることを示すことだけであると主張しており、EEOC の観点からは、配慮に費用がかかりすぎるもしくは困難であるかどうかは、完全に被告が示さなければならいものである

---

<sup>481</sup> *Id.* at 119.

<sup>482</sup> *Id.* at 119-120.

<sup>483</sup> 753 F.3d 676 (7th Cir. Ind. 2014).

<sup>484</sup> *Id.* at 682.

<sup>485</sup> Stephen F. Befort & Holly L. Thomas, *The ADA in Turmoil: Judicial Dissonance, the Supreme Court's Response, and the Future of Disability Discrimination Law*, 78 OR. L. REV. 27, 53 (1999).

<sup>486</sup> 244 F.3d 254 (1st Cir. Mass. 2001).

<sup>487</sup> *Id.* at 257.

<sup>488</sup> *Reed v. LePage Bakeries, Inc.*, 102 F. Supp. 2d 33, 38-39 (D. Me. 2000).

<sup>489</sup> *Reed*, 244 F.3d at 257.

としている<sup>490</sup>。しかしながら、第 1 巡回裁判所は、配慮の有効性が原告の責任の範囲であることには同意するものの、「『合理的配慮』を証明するために、原告は提案した配慮が本質的な職務を遂行することを可能にするものであることだけでなく、少なくとも表面的にその状況下で使用者にとって実現可能なものであることを証明する必要がある。原告がこの証明責任を果たした場合、被告側には、提案された配慮が外観ほどに実現可能ではないこと、むしろかなりの費用が考えられることを示す機会が与えられる」とした<sup>491</sup>。

その後、2002 年に最高裁が判示した **Barnett** 判決で、従来の証明責任の分配が用いられるということが明らかになり、障害を持つ労働者は、要求した配慮が表面的には「合理的」なものであることを立証しなければならず、それに成功したならば使用者に証明責任が移行し、使用者は配慮が過度な負担となる特別な状況を示さなければならないとする 2 段階アプローチが確立した<sup>492</sup>。2002 年に改訂された EEOC 指針も、この 2 段階アプローチが採用されている<sup>493</sup>。

## (2) 障害 (Disability)

ADA 第 1 編で定義された障害 (§12102(1)) を有することが、ADA の法的保護を受けるための要件となる。合理的配慮を受けるためには、障害を有すること、及び、障害または障害によって生じる制限と配慮が関係していることを示さなければならない<sup>494</sup>。主要な生活活動に制限がある、あるいは、過去にそのような経歴があればよく、原因となる障害の種類や内容を問わない<sup>495</sup>。そのため、癌や糖尿病といった疾病により慢性的に治療が必要な人<sup>496</sup>、椎間板ヘルニアによる腰痛によって制限を受ける人<sup>497</sup>、反復的な運動によって生じる頸肩腕障害を有する人<sup>498</sup>なども ADA 第 1 編の対象となる<sup>499</sup>。

<sup>490</sup> *Id.* at 259.

<sup>491</sup> *Id.*

<sup>492</sup> *Barnett*, 535 U.S. at 400-401. *Barnett* 判決は連邦最高裁が初めて ADA の合理的配慮に関する解釈を示した重要な判決として位置づけられている。詳細については、「6 (2) (イ)①最高裁判決 *US Airways vs. Barnett*」を参照。

<sup>493</sup> See *supra* note 470-471 and accompanying text.

<sup>494</sup> *Reed*, 244 F.3d at 261.

<sup>495</sup> *Cleveland v. Policy Mgmt. Sys. Corp.*, 526 U.S. 795, 803 (U.S. 1999). なお、社会保障障害給付 (Social Security Disability Insurance: SSDI) の受給には、「労働不能」であることの認定が必要となる。しかし、これには合理的配慮の提供が考慮されていないため、SSDI を受けていても、ADA 第 1 編の下で、合理的配慮が提供されれば、本質的職務機能を遂行することができる可能性はあるとされている。

<sup>496</sup> *Malabarba v. Chicago Tribune Co.*, 149 F.3d 690 (7th Cir. Ill. 1998) (糖尿病)。

<sup>497</sup> *Hirschhorn v. Sizzler Restaurants Int'l*, 913 F. Supp. 1393 (D. Nev. Dec. 11, 1995) (ヘルニア)。

<sup>498</sup> *Richardson v. Friendly Ice Cream Corp.*, 594 F.3d 69 (1<sup>st</sup> Cir. 2010) (頸肩腕障害)。

<sup>499</sup> U.S. CENSUS BUREAU, Disability Status: 2010, at 4, available at <http://www.census.gov/prod/2012pubs/p70-131.pdf> (last visited 2014/11/13). アメリカでは、施設に入っていない市民で障害を持つ人の割合は 18.7%とされ、約 5 人に 1 人が何らかの障害を有すると考えられている。

ちなみに、障害の範囲が広いと、年齢が高くなるにつれて障害を有する人の数は増加すると考えられている<sup>500</sup>。労働人口の高齢化に伴い、ADA の役割を再考する動きもある<sup>501</sup>。また、複数の障害によって生じる制限に対して配慮が必要なこともある<sup>502</sup>。

### (3) 適格性要件 (Qualification)

ADA 第 1 編の法的保護を受けることのできる対象は、障害を持ちつつも、あくまで、雇用される（雇用を希望する）ポジションに求められる本質的な職務機能を遂行できる能力を持つ個人である<sup>503</sup>。使用者が ADA 第 1 編違反となる差別行為を行ったかどうかを確認する際に、労働者が適格性を有しているかどうか問われる<sup>504</sup>。

障害を持つ個人が適格性を有するかどうかは、次の 2 段階で判断される。第 1 に、雇用されるポジションに要求されるスキル、経験、学歴、その他の職務関連要件を満たしていること (29 C.F.R. § 1630.2(m))、第 2 に、合理的配慮があれば、あるいは、なくとも、そのポジションに求められる本質的な職務機能を遂行できることが求められる<sup>505</sup>。そのため、合理的配慮がある場合に限り、本質的な職務機能を遂行できる人も適格性を有する個人に含まれる<sup>506</sup>。ただし、合理的配慮として本質的な職務機能の内容を変更する必要はなく、職務の再編成 (Job Restructuring) は、あくまで周縁的な機能に限られる<sup>507</sup>。労働者の健康状態に応じて柔軟に職務内容を変更することが、本質的な職務機能を免除することになるのであれば、合理的配慮とはみなされない<sup>508</sup>。

<sup>500</sup> *Id.* at 5. 年齢が増えるにつれて障害を持つ人の割合は増加傾向にあるが、特に 45 歳以上から何らかの障害を持つ人は急増する。

<sup>501</sup> Nathan W. Moon, Shelley Kaplan, Sally Weiss, Baby Boomers Are Turning Grey: The Americans with Disabilities Act and Aging Americans, *Bus. L. Today* (May/June 2010), available at [http://www.americanbar.org/publications/blt/2010/05/01\\_moon.html](http://www.americanbar.org/publications/blt/2010/05/01_moon.html) (last visited 2018/01/26).

<sup>502</sup> *Malabarba*, 149 F.3d at 694-695. 原告は業務上の理由で腰を痛めて休業し、復職した際、腰の障害により職務遂行に様々な制限があったため、軽作業が割り当てられた。次に、原告は、糖尿病性壊疽を理由とする休職が認められた。復職後、業務外で足を骨折し、身体的制限により、原告は軽作業の割り当てを求めたが、予算を理由に困難なことが伝えられ、別のポジションへの配置転換を提案されたものの、原告が適格性を満たすポジションがなかったため、合理的配慮として配置転換はされなかった。

<sup>503</sup> Stephen F. Befort, *Reasonable Accommodation and Reassignment Under the Americans with Disabilities Act: Answers, Questions and Suggested Solutions After U.S. Airways, Inc. v. Barnett*, 45 *Ariz. L. Rev.* 931, 932 (2003).

<sup>504</sup> *Id.*

<sup>505</sup> *Nowak v. St. Rita High Sch.*, 142 F.3d 999, 1002-1003 (7th Cir. Ill. 1998). 学校の教師として勤務してきた経験から第 1 の要件を満たしていることに争いはなくても、職場に来られない (18 か月の休職) ことから、本質的な職務機能の遂行ができないと判断された。

<sup>506</sup> *Cleveland*, 526 U.S. at 801. 本件では、障害により労働ができないという理由で SSDI を受給している場合、ADA に基づき訴訟を提起することが可能なかどうか争われた。SSDI の受給には合理的配慮が考慮されていないが、ADA では適格性を判断する際に合理的配慮を考慮に入れることができるため、原告の状況が改善すれば、合理的配慮の提供を受けて職場復帰し得るとして、ADA に基づき訴訟を提起することは可能と判断された。

<sup>507</sup> *Fjellestad v. Pizza Hut of Am., Inc.*, 188 F.3d 944, 950 (8th Cir. 1999).

<sup>508</sup> *Id.*



職務遂行を可能にするために障害によって生じる制限を克服するための配慮は提供されるべきものであるが、合理的配慮を認めると、本質的職務機能を免除または変更することになると使用者が示した場合、労働者より要求された配慮は合理的ではなく、当該労働者には適格性がないと判断され得る。

(ア) 何が本質的な職務機能に該当するか

本質的な職務機能とは、特定の仕事の基本的（fundamental）業務のことを言い、周辺（marginal）業務ではない<sup>509</sup>。第一義的には、何が本質的な職務機能に該当するかを判断するのは使用者であり、基本的には使用者の決定が考慮されることになっているが（§12111(8)）、しかし、使用者が本質的職務機能と考えることの証拠は、重要ではあるが、決定的ではないとされる<sup>510</sup>。

職務を遂行するのに費やす時間の量は、その職務機能が本質的かどうかに関する証拠となる（§1630.2(n)(3)）<sup>511</sup>。たとえば、Mulloy v. Acushnet Co.<sup>512</sup>では、職場内のアレルギー物質との接触を避けるため、所定の勤務地と離れた場所での就業を配慮として求めた件について、職務内容、その職場に勤務する必要性、その場所で作業していた時間の量、その他の同じ職務を担う労働者の勤務状況を吟味した結果、物理的にその職場に出勤することは本質的職務機能にあたり、所定の勤務地と離れた場所で働くことは配慮ではなく、仕事の再定義にあたると判示された<sup>513</sup>。その他、ある資格を取得していることが本質的な職務機能に含まれるかどうかについて争われた Hennagir v. Utah Dep't of Corr.<sup>514</sup>では、「使用者がある特定のポジションにいる全員に満たすことを要求している業務要件かどうか」を考慮して判断することもあるとした<sup>515</sup>。

また、求められる職責によって、そのレベルに応じた本質的職務機能が設定される。たとえば弁護士であれば、法律上の知識が求められるだけでなく、様々な外的圧力が専門家としての責任能力に与える影響を敏感に察知しつつ、私生活において問題を抱えていたとしても、法律家として有能な業績を維持しなければならないとされる<sup>516</sup>。

<sup>509</sup> Canny v. Dr. Pepper/Seven-Up Bottling Group, 439 F.3d 894, 900(8th Cir. 2006).

<sup>510</sup> *Id.*; Davidson v. Am. Online, Inc, 337 F.3d 1179, 1191(10<sup>th</sup> Cir. 2003).

<sup>511</sup> Jones v. Walgreen Co., 679 F.3d 9, 15-16 (1<sup>st</sup> Cir. 2012). 原告が店長としての仕事に付随する身体的な性質の作業に費やす時間を考慮すると、身体的な性質の作業が明らかにその職務の本質的機能に含まれると判断された。

<sup>512</sup> 460 F.3d 141 (1st Cir. 2006).

<sup>513</sup> *Id.* at 153-154. 原告も以前は7割以上工場にいたこと、現在のエンジニアも工場で勤務していることを考えると、物理的に出勤することは本質的職務機能のひとつであるという主張に異議を唱える十分な理由がないとされた。

<sup>514</sup> 587 F.3d 1255 (10<sup>th</sup> Cir. 2009). 本件では、原告が就業を開始した時点では必要とされていなかった Peace Officer Standards and Training ("POST") certification の取得が職務要件となり、取得しなければ、仕事を継続できないと通知されたことについて争われた。

<sup>515</sup> *Id.* at 1260-1262.

<sup>516</sup> Sheridan's Case, 813 A.2d 449, 452-454 (N.H. Dec. 6, 2002) .

EEOC v. The Picture People, Inc.<sup>517</sup>では、カメラ撮影者（以下、「Performer」という。）として雇用されていた聴覚障害のある労働者が解雇された件につき、口頭でのコミュニケーションは本質的職務機能かどうかについて争われた<sup>518</sup>。使用者側は、撮影時に筆談で顧客とコミュニケーションを取ることは実用的でないとし、口頭でコミュニケーションを取ることが本質的職務機能であること、さらに、当該労働者は、読唇や口頭でのコミュニケーションが困難であるため、Performerとして求められる4つのうち3つの職務機能（顧客の勧誘、写真を撮りながらの子供への指示、顧客への写真パッケージの販売）を遂行できないと主張した。そして、裁判所は、使用者側の主張を認め、当該労働者には適格性がないと判断した<sup>519</sup>。

本件では、反対意見が出され、当該労働者を採用したマネージャーは、聴覚障害及びコミュニケーション手段に関して理解していた上、本質的職務機能について十分に理解していたこと、ある顧客は当該労働者のパフォーマンスを称賛しており、使用者も、当該労働者が撮影セッションを行った時のパフォーマンスにおいて不足があったという証拠を提示できていないことを指摘している<sup>520</sup>。さらに、道理にかなった陪審であれば、当該労働者は効果的にコミュニケーションができたと判断し得る無視できない証拠が提出されているとし、反対意見では、当該労働者にはPerformerとしての主要な4つの職務機能のうち3つが出来ないとされた多数派意見に、同意できないとしている<sup>521</sup>。

本件は、職務の本質的機能を遂行する能力を有していなければならないという適格性要件が、改正ADAの下で提起される雇用差別訴訟に対するゲートキーパーとして利用される可能性を示しているとされる<sup>522</sup>。ADAの改正前は、障害要件が訴訟に対するゲートキーパー的役割を果たしていたのに対し、ADA改正では障害の定義を限定的に解釈した最高裁判例を否定した。そこで、次は「本質的機能」を用いて適格性の有無を厳格に審査することで、適格性要件が、次のゲートキーパー的役割を担うのではないかという懸念を生じさせた<sup>523</sup>。

#### (イ) 適格性と合理的配慮の関連性

ここでは、合理的配慮がなくても本質的職務の遂行が可能なケースではなく、合理的配慮がある場合に限り、本質的職務の遂行が可能となるケースを扱う。こうしたケースでは、要求された配慮が合理的かどうかの判断が、適格性を有するかどうかの判断に影響を与えるため、合理的配慮と適格性の問題が一体化した構造となっている。

<sup>517</sup> 684 F.3d 981(10<sup>th</sup> Cir. 2012).

<sup>518</sup> *Id.* at 983-985.

<sup>519</sup> *Id.* at 985-986.

<sup>520</sup> *Id.* at 992.

<sup>521</sup> *Id.* at 998.

<sup>522</sup> Amy Knapp, The Danger of the "Essential Functions" Requirement of the ADA: Why the Interactive Process Should Be Mandated, 90 Denv. U. L. Rev. 715, 729-730 (2012).

<sup>523</sup> See *supra* note 381 and accompanying text.

まず、出勤と本質的職務機能の関係について、障害による症状が原因でも、過度な欠勤や遅刻等の度重なる不在は、本質的職務機能を遂行できないという結論に至ることもある<sup>524</sup>。定期的な出勤が職務明細に明示されていなくても、仕事に来ることができない労働者は本質的職務機能を遂行できないと判断され得る<sup>525</sup>。適格性がないと判断されるのに、特に遅刻や欠勤日数、休職期間には決まりはなく、また職種も限定されない<sup>526</sup>。管理職にとって信頼に足る規則的な出勤が本質的職務機能とされている場合、それをアシスタント・マネージャーにも適用し得るとされる<sup>527</sup>。Tyndall v. National Educ. Ctrs.<sup>528</sup>では、原告はこれまで「優秀な」評価を得ており、職務遂行に必要なスキルを有していることが認められながらも、定期的に職場に来て、そうしたスキルを示さなければならないとし、原告には適格性がないと判断された<sup>529</sup>。

出勤が本質的職務機能のひとつであれば、合理的配慮によって通常の出勤ができるようにならないならば、適格性があるとはみなされない<sup>530</sup>。たとえば、もし事前にいつ休むかを知らせることができないというのであれば、パートタイム勤務でも所定のスケジュールで働くことが求められるので、たとえ合理的配慮としてパートタイム勤務を認めたとしても、出勤問題の解決にはならないとされた<sup>531</sup>。さら

---

<sup>524</sup> Brennen v. MedCentral Health Sys., 366 F.3d 412, 419 (6th Cir. Ohio 2004). 薬剤技師として職務に必要な出勤要件を満たせないため、原告は適格性を有していないと判断された。

<sup>525</sup> Corder v. Lucent Techs., 162 F.3d 924, 928 (7th Cir. Ill. 1998). 顧客対応の担当としての勤務実績より職務遂行能力には争いがなく、予測不可能な量の休暇を配慮として求める原告に、定期的な出勤が可能であるとは認めがたく、仕事に来ることができないのであれば、本質的職務機能を遂行できないと判断された。原告の職務では、定期的な出勤は本質的機能であることが暗示されているとされた。

<sup>526</sup> 組み立てラインの作業員、3年間で70週以上の欠勤 (Amadio v. Ford Motor Co., 238 F.3d 919, 927-928 (7th Cir. Ill. 2001)) ; 顧客対応担当、18か月の休職 (Corder, 162 F.3d at 928) ; 学校の教師、18か月の休職 (Nowak, 142 F.3d at 1003-1004) ; 道具及び金型の製作者兼設備メンテナンス担当、12か月で24日の欠勤 (Jovanovic v. In-Sink-Erator Div. of Emerson Elec. Co., 201 F.3d 894, 900 (7th Cir. 2000)) ; 生産作業員、20か月の間 (休職期間を引くと14か月の間) に遅刻または欠勤が40回 (Waggoner v. Olin Corp., 169 F.3d 481, 485 (7th Cir. 1999)) など。いずれも通常の出勤が見込めないことから本質的職務を遂行する能力がないとされた。

<sup>527</sup> Haysman v. Food Lion, 893 F. Supp. 1092, 1103 (S.D. Ga. 1995). 食料品店を運営する事業者のもとで働く管理職には、信頼に足る規則正しい出勤が求められる。

<sup>528</sup> 31 F.3d 209 (4th Cir. Va. 1994). ループス (紅斑性狼瘡) の治療のため労働者は欠勤が多く、学校側は、傷病休暇の取得、出勤を遅らせることや早退を認めるなど、配慮を行っていたが、欠勤が続いたことから、最終的には当該労働者を解雇した。

<sup>529</sup> *Id.* at 213-214.

<sup>530</sup> EEOC v. Yellow Freight Sys., 253 F.3d 943, 948-949 (7th Cir. Ill. 2001). フォークリフトのオペレーターであった原告がHIV陽性と診断され、HIVによる癌を発症したため、出勤しなくなり、無期限の休暇を合理的配慮として要求したが、原告の職務にとって出勤は本質的職務機能とされ、適格性がないと判断された。

<sup>531</sup> Wimbley v. Bolger, 642 F. Supp. 481, 485-486 (W.D. Tenn. 1986), *aff'd*, 831 F.2d 298 (6th Cir. 1987) (リハ法に基づくケース)。ADA第1編に基づく裁判でも、例外はあるものの、一般原則として、仕事に来ることができない人は、本質的であれ、それ以外であれ、職務機能を遂行することができないと考えられている (EEOC v. Ford Motor Co., 782 F.3d 753, 761 (6th Cir. Mich. Apr. 10, 2015))。

に、障害が原因で午前 8 : 30 に出勤することが難しい労働者が、遅刻（午前 10 : 30 から午後 1 : 00 頃の出勤）と、同じくらいの頻度での欠勤を続けていることから、たとえ合理的配慮として 1 時間のフレックスタイムを認めたとしても、労働者が本質的職務機能を遂行できるようにならないと判断されたケースもある<sup>532</sup>。

職種によっては、シフト勤務での就業や緊急時に柔軟に対応できることも本質的機能に含まれ得る<sup>533</sup>。この場合、勤務スケジュールを変更することで、本質的職務機能を免除することになるような配慮は合理的とされず、本質的職務機能として求められる特定の勤務スケジュールで働くことができない場合には、適格性がないと判断される。Samper v. Providence St. Vincent Med. Ctr.<sup>534</sup>では、新生児用集中治療室で働く看護師が、予定外の欠勤を不特定日数認める配慮を要求したところ、予定されている勤務時間に出勤することは本質的職務機能であり、労働者が要求した配慮は本質的職務機能を免除することを求めているため合理的ではないとされ、被告側に有利なサマリー・ジャッジメントを下した地裁の判決が認められている<sup>535</sup>。

一方で、出勤ができなくても、在宅で本質的職務機能の遂行が可能な場合は、在宅就労という配慮を提供することで適格性のある個人とみなされ得る<sup>536</sup>。

他方、出勤以外の本質的職務機能について、フルタイム労働者として労働契約を締結しているのであれば、本質的職務機能にフルタイムで働けることが含まれているとされ、フルタイムで働けないならば適格性がないとされる<sup>537</sup>。その他、配置された上司のもとで働くことは、本質的職務機能のひとつであり、合理的配慮が本質的職務機能を免除することは意図していないため、違う上司の下で働けるよう配置するという配慮を被告が行わなかったとする原告の主張に対し、被告側に有利なサマリー・ジャッジメントを下した地裁の判決を容認したケースもある<sup>538</sup>。

---

<sup>532</sup> Hypes v. First Commerce Corp., 134 F.3d 721, 726-727 (5th Cir. 1998).

<sup>533</sup> Laurin v. Providence Hosp., 150 F.3d 52, 59 (1st Cir. 1998). 交代シフト勤務で働くことは、24 時間対応の産科で働く看護師にとって本質的職務機能であるとされた。

<sup>534</sup> 675 F.3d 1233 (9th Cir. 2012). 原告は、線維筋痛を患ってから、使用者の出勤方針で認められている予定外の欠勤日数を超えて欠勤し、勤務態度が問題となっていたところ、最終的に解雇されたため、合理的配慮の不提供による ADA 違反を主張して提訴した。

<sup>535</sup> *Id.* at 1240.

<sup>536</sup> Humphrey v. Mem'l Hosps. Ass'n, 239 F.3d 1128, 1135 (9th Cir. Cal. 2001). 合理的配慮として考慮されている 2 つの選択肢、休暇の取得もしくは在宅就労のどちらかが認められれば、本質的職務機能を遂行できる場合、当該個人は、適格性を有すると判示された。

<sup>537</sup> DeVito v. Chicago Park Dist., 270 F.3d 532, 534 (7th Cir. 2001). 原告は、腰のケガをした後、軽作業の仕事を割当てられ、給料はフルタイム分支払われながらも、痛みやストレスを感じる時にはいつでも退社することが認められていた。この状況が 4 年続いた後、原告は解雇された。裁判では、結局、13 年間原告がフルタイムで働いていないという事実が、原告はフルタイムで働くことはできない十分な証拠であるとされ、原告は ADA の保護を受けることはできないとされた。

<sup>538</sup> Wernick v. FRB, 91 F.3d 379, 384-385 (2d Cir. N.Y. 1996).

上院は、障害を持つ個人の中には、標準的な勤務スケジュールで働くことができないために、雇用機会が得られない人もいることを考慮し、パートタイム化や勤務スケジュールの変更という配慮は、障害を持つ個人が障害のない個人と同じ仕事をするのを可能にする有効な手段とみなし、その一例として、てんかんを持つ労働者は、昼夜の交代シフトではなく、固定シフトを配慮として要求することを挙げている<sup>539</sup>。

しかし、シフト勤務の変更については、本質的職務機能の免除という観点だけでなく、他の労働者との関係の観点から、障害を持つ労働者にのみ交代勤務を免除し、代わりに他の労働者が夜勤シフトを多く割り当てられるような配慮は求められず、他の労働者と同等のシフト勤務体制で就労することが、本質的職務機能とされることもある<sup>540</sup>。同様に、職務の再編成という合理的配慮は、あくまで周辺の職務に限定され、障害を持つ労働者が遂行しなければならないはずの本質的職務機能を他の労働者に割り当てる必要はないとされる<sup>541</sup>。

*Rehrs v. The Iams Company*<sup>542</sup>では、「本質的職務機能」は、業務内容に限らず、生産性の観点から全員に適用されるルールを順守することも含まれるのかが問題となった<sup>543</sup>。地裁は、原告は交代シフトという本質的機能を遂行できないため、ADAにおける適格性を有する個人ではないとして、使用者の申し立てたサマリー・ジャッジメントを認めた<sup>544</sup>。第8巡回裁判所は、原告にのみ夜勤シフトを免除し、交代シフト制の例外を認めることは、他の従業員により重く、望ましくない負担を与えることになるという被告の主張を認め、「ADAにおいては他の従業員がより多く、より長時間働いたり、様々な

---

<sup>539</sup> S. Rep. No.101-116, at 29 (1989). 例えば、治療のために通院をしている人は、勤務スケジュールを柔軟に調整できれば、仕事を続けることができるかもしれない。固定シフトや勤務スケジュールの変更を許可することは、障害を持つ個人が障害のない個人と同じ職務を行うのを可能にするための配慮の一例として示されている。

<sup>540</sup> *Turco v. Hoechst Celanese Corp.*, 101 F.3d 1090, 1094 (5th Cir. 1996). 交代勤務から日中シフトに切り替える合理的配慮を求めたところ、他の障害のない労働者がより長い時間、より重い仕事をするようになるならば、配慮は合理的ではないとされた。

<sup>541</sup> See *infra* 570 note and accompanying text. 合理的配慮としての職務の再編成には、周辺の職務機能の割当変更が含まれていると解されている (*Benson v. Northwest Airlines*, 62 F.3d 1108, 1112-1113 (8th Cir. Minn. 1995)). 本質的職務機能の割当変更を行う必要がないことは、EEOCの技術マニュアル (Technical Assistance Manual at III-21) でも明記されている。

<sup>542</sup> 486 F.3d 353 (8th Cir. 2007).

<sup>543</sup> *Id.* at 355-356. 本件では、原告のこれまでの勤務実績から、技術者としての能力に関して争いはない。倉庫の技術者として就労していた原告が、心臓のバイパス手術を受け、除細動器とペースメーカーを装着することになったため、短期の障害休暇を取得し、復職後、原告の医師は被告に対して、彼の糖尿病の管理が困難になっていることを理由として、彼を固定の日中シフトで就業させることを要請する書面を提出し、原告は60日間8時間シフトで働くことになった。

<sup>544</sup> *Id.* at 355.

機会をはく奪されたりするような配慮は義務付けられていない」と判示した<sup>545</sup>。結果として、原告は交代シフトという本質的職務機能を遂行できず、適格性を有しないと判断された<sup>546</sup>。

一方で、シフトに関するものではないものの、*Turner v. Hershey Chocolate USA*<sup>547</sup>では、ラインを限定して就業させることは、反復作業により原告の腕や手首を痛めるリスクがあり、また、他の労働者のローテーションにも制限が出て、反復作業によるリスクを負うことになるという理由で、作業ローテーションを本質的職務機能のひとつと認め、地裁は被告の申し立てたサマリー・ジャッジメントを認めたのに対し<sup>548</sup>、控訴審では、問題は、合理的配慮を行った上で、本質的職務機能を原告が遂行できるかどうかであるとされ<sup>549</sup>、第3巡回裁判所は、作業ローテーションが本質的職務機能に該当するかどうかの判断は陪審員による審理が必要であると判示した<sup>550</sup>。

#### (ウ) 適格性判断のタイミング

一般的に、当該労働者に適格性があるかどうかは、解雇など争点となる敵対的雇用行為（*Adverse Employment Action*）の決定がなされた時点で評価される<sup>551</sup>。そのため、その後、適格性を有するようになったとしても、それは裁判とは無関係であるとされる<sup>552</sup>。

たとえば、*Simmerman v. Hardee's Food Sys.*<sup>553</sup>では、臨床的うつ病により障害休暇を取得し、会社の規定で認められている1年を過ぎても、医師から復職許可が下りなかったため、原告は解雇された件につき、解雇の時点で、ジェネラル・マネージャーとして求められる本質的職務機能を遂行するのに必

---

<sup>545</sup> *Id.* at 357.

<sup>546</sup> *Id.*

<sup>547</sup> 440 F.3d 604(3<sup>rd</sup> Cir. 2006). 時間ごとに作業ラインを変えるローテーションシステムが導入されたところ、障害を持つ原告は、そのうちのひとつのラインの作業で痛みが増した経験のある原告は、ローテーションを拒否し、障害による制限を記した書面を提出した。被告は、原告が当ラインで働くことが不可能なため、ローテーションで仕事ができないと判断し、原告が就業していた *Shaker table inspector* としての仕事を継続することを許可しなかった (at 606-607)。

<sup>548</sup> *Id.* at 610.

<sup>549</sup> *Id.* at 611-612.

<sup>550</sup> *Id.* at 614.

<sup>551</sup> William H. Danne, Jr., Who is "Qualified Individual" Under Americans With Disabilities Act Provisions Defining, and Extending Protection Against Employment Discrimination to Qualified Individual with Disability (42 U.S.C.A. §§ 12111(8), 12112(a)), 146 A.L.R. Fed. 1, 5 (1998); *Morton v. GTE North*, 922 F. Supp. 1169, 1181 (N.D. Tex. 1996). 原告は、よりストレスのない職務や「組織化された職場環境」であれば、本質的職務機能を遂行できたと主張したが、よりストレスのない職務が存在しなかったこと、プロジェクトの数を減らしたり、残業を抑制したりする配慮は提供されていた事実から、解雇の時点では、適格性がなかったと判断された。

その他、*Bennett v. Permanente*, 931 F. Supp. 2d 697, 709 (D. Md. 2013)など。

<sup>552</sup> *Cheatwood v. Roanoke Indus.*, 891 F. Supp. 1528, 1537 (N.D. Ala. 1995).

<sup>553</sup> 1996 U.S. Dist. LEXIS 3437 (E.D. Pa. 1996), *aff'd*, 118 F.3d 1578 (3d Cir. Pa. 1997).

要な時間勤務できないのであれば、適格性がないと判断された<sup>554</sup>。また、*Myers v. Hose*<sup>555</sup>では、糖尿病が原因でバスの運転手として必要な身体検査に合格できなかった原告が、症状が改善するまで十分な時間を与えられる権利を主張したのに対し、合理的配慮は、現在あるいは近い将来、当該職務の本質的機能の遂行を可能にするものと解釈するのが最も論理的であるとされ、将来的に適格となるかどうかではないと判断された<sup>556</sup>。

ただし、障害により一時的に休職した労働者を即座に解雇した場合、当該労働者が障害を持つ適格性のある個人であるかどうかを決定する時期は、敵対的雇用行為が行われたタイミングよりも後になることがある<sup>557</sup>。稀なケースではあるが、労働者の病気に関する不適切な認識に基づき使用者が非合理的な判断を下した場合、解雇の日よりも後に当該個人が本質的職務機能を遂行できる能力を有していたかどうかを判断するのが適切とする見解が示されることもある<sup>558</sup>。

*Richardson v. Friendly Ice Cream Corp.*<sup>559</sup>では、原告が被告に通知した復職予定日より前の FML (Family Medical Leave) により認められる休暇期間が過ぎた後に、適格性がないと判断されて解雇されたことが問題となった<sup>560</sup>。原告は、合理的配慮として業務内容を変更するか、一部の業務を他の人に分担してもらうことを求めたが、しかし、アシスタント・マネージャーは十分な仕事量をこなす必要があるとされ、適格性がないと判断された<sup>561</sup>。本件のように、業務を分担できる従業員数が少ない環境では、多くの日常業務をこなすことも、本質的職務機能とされる<sup>562</sup>。そのため、合理的配慮として、業務分担は認められず、解雇時点で原告は適格性を有していないと判断された<sup>563</sup>。

---

<sup>554</sup> *Id.* at 26-27. ファーストフード店のジェネラル・マネージャーとしては店舗の見回りなど最低週 50 時間の勤務時間と週 1 回の夜勤をする必要があるとされた。解雇後、下位の職位である Crew Supervisor を提示され、再雇用されている。

<sup>555</sup> 50 F.3d 278 (4th Cir. Md. 1995).

<sup>556</sup> *Id.* at 283.

<sup>557</sup> William H. Danne, *supra* note 551, at 5, 5(b).

<sup>558</sup> *Stubbs v. Marc Ctr.*, 950 F. Supp. 889, 893 (C.D. Ill. 1997). 本件では、心臓発作を起こして手術を受けた原告を、手術後 1 週間程度の時期に解雇したことが問題となった。結果的に、裁判所は、原告が解雇の時点から近い将来において、本質的職務機能を遂行できるとはいえないと判示したため、原告の主張は認められなかった。

<sup>559</sup> 594 F.3d 69 (1<sup>st</sup> Cir. 2010).

<sup>560</sup> *Id.* at 72-74. 会社が雇用した看護師のケースマネージャーは、原告の回復と職場復帰を手助けするため、ジェネラル・マネージャーと定期的に連絡を取り、原告の予定される復職日や医学的な制限、配慮、制限内で遂行できる暫定的な職務について話し合っていたとされる。しかし、原告が 2007 年 1 月 4 日より右肩の使用に関して制限付きではあるが、就業可能という医師の許可を得て復帰する旨を送ったところ、FML で認められる 13 週間を過ぎたので、2006 年 12 月 14 日付けで解雇を選択したと通知を受けた。

<sup>561</sup> *Id.* at 78-80.

<sup>562</sup> *Id.* at 81.

<sup>563</sup> *Id.* at 78.

慢性疲労免疫機能不全症を患う労働者が、障害休暇の取得中に解雇されたため障害に基づく差別を訴えて提訴した *Mannell v. American Tobacco Co.*<sup>564</sup>では、明らかに原告はもはや合理的配慮を行っても経理のポジションでの職務を遂行できない状態にあったため、ADAにおける適格性を有する個人ではないと判断されて解雇が認められた<sup>565</sup>。また、*Hirschhorn v. Sizzler Restaurants Int'l*<sup>566</sup>では、大きな店舗では本質的だといえないものでも、小さな店舗ではマネージャーも身体的負荷のかかる作業を行わなければならない、解雇の時点（本件の場合は2回目の休職中の2度目の延長申請が拒否された時点）で、体を曲げたり、屈んだり、押したり、引いたり、重いものを持ち上げたりすることが制限されるのであれば、本質的職務機能の遂行はできないと判示された<sup>567</sup>。

#### (エ) 小括

ADAでは、合理的配慮があれば、あるいは、なくとも、本質的職務機能の遂行が可能な場合に適格性を有する個人とされる。第一義的には、何が本質的な職務機能に該当するかを判断するのは使用者であり、基本的には使用者の決定が考慮されることになっている。ただし、適格性基準は、職務関連性及び事業運営上の必要性を満たしていなければならない（29 C.F.R. § 1630.10(a)）、使用者が意図して障害を持つ個人を排除する基準を設けることを防いでいる。しかし、*Picture People* 判決のように、裁判所による適格性判断は、基本的に使用者が本質的職務機能を決定する裁量権を有しているという前提でなされることもある<sup>568</sup>。さらに、職場環境にも左右され、業務を分担できる人数が少なく、1人が様々な仕事をこなさなければならない場合、本質的職務機能の範囲が広がることもある<sup>569</sup>。

他方、合理的配慮の提供が、本質的職務機能の一部を免除したり、変更したりするようなことになる場合、そのような配慮は合理的ではないとされ、雇用される（雇用を希望する）職務の本質的機能のすべてを遂行できないため適格性がないと判断される<sup>570</sup>。一方で、周辺の機能であれば、免除したり、変更したりすることは、合理的配慮として求められているため、個々のポジションによって求められる本質的職務機能の違いから、合理的配慮の適用範囲が変化する。そのため、勤務スケジュールの変更という配慮が、個々のケースによって合理的と判断されたり、本質的職務機能を免除するものとして合理的でないと判断されたりする<sup>571</sup>。

<sup>564</sup> 871 F. Supp. 854 (E.D. Va. 1994).

<sup>565</sup> *Id.* at 860-961.

<sup>566</sup> 913 F. Supp. 1393 (D. Nev. 1995).

<sup>567</sup> *Id.* at 1399.

<sup>568</sup> See *The Picture People*, 684 F.3d at 986;

<sup>569</sup> See *Richardson*, 594 F.3d at 78-80; *Hirschhorn*, 913 F. Supp. at 1399.

<sup>570</sup> 本質的職務機能の免除は求められないとしても、周辺の機能を変更したり、免除したりすることによる、特定の職務の再編成は求められる（*Holly v. Clairson Indus., L.L.C.*, 492 F.3d 1247, 1256 (11th Cir. Fla. 2007)）。

<sup>571</sup> 管理職であれば、求められる職務を遂行するために必要な時間働けることが求められ、看護師であれば、決められた勤務時間に必ず出勤していることが求められるため、勤務形態も本質的職務機能に含まれる。



合理的配慮が個別性を有するのは、障害を持つ個人にそれぞれ適した配慮が障害の種類や性質によって異なることに加え、個々のポジションによって求められる本質的職務機能が異なり、同じ種類の配慮でも、何が本質的職務機能となるかによって、合理的な範囲が変わることも起因しているといえる。

#### (4) 合理的配慮を適切に要求していたこと (Request 要件)

労働者からの合理的配慮の要求を契機として、使用者には合理的配慮の提供義務が生じる。法律上、使用者は、適格性を有する障害者（応募者または労働者）の既知の身体的または精神的制限（**known physical or mental limitations**）に対して合理的配慮をしないことが差別となるため

(§12112(b)(5)(A))，使用者は労働者または応募者の障害による制限について「知っている」ことが前提となる。

EEOC 指針では、合理的配慮の要求に関して、「簡単な英語」を使えばよく、ADA や「合理的配慮」という言葉を述べる必要はないとされている<sup>572</sup>。しかしながら、法律要件としては、労働者がその他の情報なしに「病気である」あるいは「気分がすぐれない」と伝えるだけでは、そのような状態が特定の障害や慢性の病気に関連していることを使用者に知らせるには不十分であるとされている<sup>573</sup>。合理的配慮提供の義務が生じる契機となるには、直接的かつ具体的に特別な配慮が必要なことを知らせる必要があり、障害を持つ労働者は、配慮と障害との関連を説明し、十分な要求を行わなければならないとされる<sup>574</sup>。

そのため、裁判では、要求が適切に伝えられていない場合、すなわち、労働者が使用者に対して直接的かつ具体的に配慮を要求していない場合、使用者には合理的配慮の提供義務が発生しないとされる<sup>575</sup>。ただし、障害によりそのような明確な要求ができない場合、または、障害が明らかな場合には、直接的かつ具体的な合理的配慮の要求を必ずしも必要としない<sup>576</sup>。

*Stewart v. St. Elizabeths Hosp.*<sup>577</sup>では、原告が精神障害について使用者に知らせておらず、また、異動請求を合理的配慮として行っていなかったとの理由で、原告の異動請求を使用者が断ったことは、合

---

<sup>572</sup> EEOC 指針では、治療のために予定された時刻に出社できないと伝えれば良いなど、非常に簡単な通知を合理的配慮の Request としている (See EEOC 指針 “REQUESTING REASONABLE ACCOMMODATION”, *supra* note 333)。

<sup>573</sup> *Russell v. TG Missouri Corp.*, 340 F.3d 735, 742 (8th Cir. 2003). 双極性障害を持つ原告は 30 日間の病気休暇を取得し復帰した後、不安発作によりさらに休暇を必要としたが、「気分がすぐれない」と伝えただけであったため、それだけで被告側が障害に配慮しなかったことを合理的に推測することはできない。つまり、そうした症状と障害との関連を示す説明が不十分であったとされた。

<sup>574</sup> *Reed*, 244 F.3d at 261.

<sup>575</sup> *Freadman v. Metro. Prop. & Cas. Ins. Co.* 2006 U.S. Dist. LEXIS 7505, *aff'd*, 484 F.3d 91 (1st Cir. R.I. 2007).

<sup>576</sup> *Reed*, 244 F.3d at 261.

<sup>577</sup> 589 F.3d 1305 (D.C. Cir. 2010) (リハ法に基づく裁判)。

理的配慮の提供義務を怠ったことにはならないとされた<sup>578</sup>。原告は、精神障害を発症する原因となった施設に配属されてから 9 ヶ月間、自身の障害について開示しなかったし、ただ目に見えて震えたり、泣いたり、独り言をいうというだけでは、使用者に精神障害を示唆するには十分ではないとされた<sup>579</sup>。

**Kobus v. Coll. of St. Scholastica, Inc.**<sup>580</sup>では、原告がうつ病の治療を受けていることを打ち明けず、休暇を要求するのみであったため、うつ病によって生じた過度の欠勤によって解雇された<sup>581</sup>。使用者に対して診断書の開示を繰り返し拒否し、障害による制限について使用者に知らせなかったため、第 8 巡回裁判所は、使用者に配慮が必要であることを伝える責任は原告にあるとし、被告側のサマリー・ジャッジメントを認めた地裁判決を支持した<sup>582</sup>。本件では、いずれの先行判例<sup>583</sup>も、「労働者の休暇の要求としては、落ち込んでいる、ストレスがあるという理由で、労働者は合理的配慮を要求していることを使用者に知らせるには十分」とする EEOC の見解を参考にしていないとし、労働者が使用者に対し合理的配慮が必要なことを伝えなければならないとされた<sup>584</sup>。

合理的配慮が提供されるためには、使用者が労働者または応募者の障害について知っていたこと、また、労働者または応募者は、自身の障害によって生じる制限に対する配慮を要求したことが必要となる。合理的配慮の要求は、それが ADA 第 1 編に基づくものであると使用者に分かるようにすること、あるいは、障害を理由とした配慮であることが分かるように、要求した配慮が障害とどのように関連しているのかを説明することが求められている。合理的配慮を形成する責任は、使用者と労働者の両方にあるけれど、それは配慮が「適切に要求された」後のことであり、労働者の障害が明らかでない場合には、合理的配慮が必要であることを使用者に伝える責任は労働者にあるとされている<sup>585</sup>。

---

<sup>578</sup> *Id.* at 1308.

<sup>579</sup> *Id.* at 1307. 原告の上司は彼女の状態を把握し、心配していたが、そうした行動は彼女の親族の死によるストレスが起因していると考えていた。原告は自分の障害を被告に知らせたということを証明できなかった。

<sup>580</sup> 608 F.3d 1034

<sup>581</sup> *Id.* at 1037.

<sup>582</sup> *Id.* at 1038.

<sup>583</sup> **Rask v. Fresenius Med. Care N. Am.**, 509 F.3d 466, 470 (8th Cir. Minn. 2007); **Miller**, 61 F.3d at 629. **Rask** 判決では、原告が法律要件として、自分の必要を十分に通知しなかったため、被告は原告に配慮する義務を負わないとされた。また、後者の **Miller** 判決では、使用者は労働者の身体的または精神的制限に対して配慮をしなければならないため、使用者はそのような制限が存在することを知っていなければならないとされた。

<sup>584</sup> **Kobus**, 608 F.3d at 1308-1309. 「ADA と精神障害に関する EEOC 指針」の質問 17 に対する回答 A で、労働者が「落ち込んでいるかつストレス状態である」ことを理由に休暇を要求すれば、「使用者に対して合理的配慮を要求していることを通知するのに十分」と記載されているとする原告の主張に対し、ADA の先行判例において、当該指針を支配的なものとして引用したものはなく、反対に、先行判例では ADA 規則の「労働者は使用者に配慮が必要であることを知らせること」という要件を適用しているとされた。

<sup>585</sup> **Taylor v. Principal Fin. Group, Inc.**, 93 F.3d at 165.

## (5) 合理性要件 (Reasonable Accommodation)

本項では、要求した配慮が認められ、使用者に提供義務を履行するよう求められるために必要な要件の中でも、配慮内容にかかわる配慮の合理性要件について扱う。合理性要件では、障害があり適格性を有する労働者から要求された配慮の内容を精査し、使用者にとって提供義務のある合理的な配慮かどうか判断される。合理的配慮とは何かが問われる最も重要な項目であり、詳細については次の第5節と第6節で個別に取り上げることにする。

要求された配慮は「合理的」でなければならないとする要件は、法律上明らかに認められるものではなく、判例により認められ、確立されたものである<sup>586</sup>。ADA 第1編に基づく裁判で、過度な負担をもたらさない配慮を「合理的」と解釈する裁判所はほぼない<sup>587</sup>。裁判所は、配慮が過度の負担をもたらすかどうかとは別に、「合理的」という用語に独立した意味を持たせている<sup>588</sup>。本節(1)で述べたように、裁判では、要求した配慮が表面的には「合理的である」ことの証明は、原告に求められる<sup>589</sup>。

議会は、どのような合理的配慮が適切かという判断は、個々のケースにおける固有の事実に基づきなされるべきと考えていた<sup>590</sup>。また、そのような議会の意図は法律上反映されていないものの、障害を持つ労働者にとって効果的な配慮が提供されなければならないと考え、配慮の合理性は有効性や機会均等の観点から評価されることを意図していたとされる<sup>591</sup>。

EEOC 指針では、「合理的」とは、「一般的見地から合理的」であること、「実現可能性が高い」ものであることを意味するとしている<sup>592</sup>。判例でも、合理的配慮は、労働者が職務を遂行することを可能にする上で、効果的なものでなければならない<sup>593</sup>、もしくは、効果的でない配慮は、「合理的」とはいえないとされている<sup>594</sup>。

一方、合理的配慮の解釈について、EEOC 指針では、障害を持つ個人に対する職場のバリア（物理的障壁及び手続や規則によって生じる障壁）を取り除くためのものとされている<sup>595</sup>。ADA 規則では、合

<sup>586</sup> Mark C. Weber, *Unreasonable Accommodation and Due Hardship*, 62 Fla. L. Rev. 1119, 1124 (2010).

<sup>587</sup> *Haschmann v. Time Warner Entertainment Co., L.P.*, 151 F.3d 591, 601 (7th Cir. Wis. 1998); *Jankowski Lee & Assocs. v. Cisneros*, 91 F.3d 891, 896 (7th Cir. 1996). 裁判では、配慮の合理性は、固有の状況を詳細に検討することによって決定される事実問題とされている。

<sup>588</sup> Mark C. Weber, *supra* note 586, at 1154-1155; Matthew A. Shapiro, *Labor Goals and Antidiscrimination Norms: Employer Discretion, Reasonable Accommodation, and the Costs of Individualized Treatment*, 32 Yale L. & Pol'y Rev. 1, 30-32 (2013).

<sup>589</sup> See *supra* notes 488-492 and accompanying text.

<sup>590</sup> S. Rep. No. 101-116, at 29 (1989).

<sup>591</sup> *Id.* at 32. 可能な配慮を特定する場合、有効性と機会均等の観点で各配慮の合理性を評価する非公式な手順を議会は考慮していた。議会としては、合理的配慮は労働者にとって効果的なものでなければならない、配慮の信頼性、及び、配慮が適時提供され得るかどうかは検討すべき要素と考えていた。

<sup>592</sup> See EEOC 指針 “General Principles – Reasonable Accommodation”, *supra* note 333.

<sup>593</sup> *Humphrey*, 239 F.3d at 1137.

<sup>594</sup> *EEOC v. UPS*, 620 F.3d at 1112-1113.

<sup>595</sup> See EEOC 指針 “GENERAL PRINCIPLES - Reasonable Accommodation”, *supra* note 333.

理的配慮は、採用プロセスにおける変更または調整、適格な障害を持つ個人が職務の本質的機能を遂行することを可能にするための配慮、労働者としての利益を享受できるための配慮と3つに類型化されている（29 C.F.R. § 1630.2(o)(1)）。このうち、職務の本質的機能を遂行することを可能にするための配慮については、現在の職務遂行を可能にするものだけを配慮と狭く解釈するのではなく、近い将来に再び職務遂行が可能となるように休暇を与えることも配慮と考えられている<sup>596</sup>。

休暇の例のように、合理的配慮には、法律上例示列举されたもの以外も配慮となり得ることに加え、職務の本質的機能の遂行を可能にするための配慮をどのように解釈するかも関わるため、裁判で配慮の合理性判断を行う際に、要求された配慮内容を個別に精査する作業が行われることになる。

裁判で「合理的でない」と判断されるものの中には、合理性の限度を超えているとされるものだけでなく、要求した配慮がそもそも「合理的配慮に含まれない」とされるものもあり、合理性要件で、曖昧な合理的配慮規定をどのように解釈するかという作業が行われている。いまだに、配慮の合理性を判断する要素や基準は一義的に決まっていないため、配慮の内容によっては裁判所で意見が分かれているものもある<sup>597</sup>。

本項では、EEOC 指針と判例を中心に、基本的に「合理的でない配慮」と判断される基準が明確なものを確認し（（ア））、さらに、裁判所が用いた合理性の判断枠組みとして有名な *Vande Zande v. Wisconsin Department of Administrator*<sup>598</sup> の費用対便益分析（Cost-Benefit Analysis）及びリハ法で用いられていたアクセス（機会提供）と内容（変更）の区別（Access/Content distinction）を取り上げる（（イ））。合理的配慮の個別具体的問題については次節以降で検討する。

#### （ア）「合理的配慮に含まれない」「合理的でない」と考えられるもの

要求された配慮が、①業務に関連せず個人的に使用すると考えられる場合、②新たに使用者にとって必要でないポジションを設けることになる場合、③職務の本質的機能を免除または変更することになる場合、ADA 第1編で使用者にとって提供義務のある合理的配慮には含まれないとされる。

##### ① 業務に関連せず個人的に使用するもの

EEOC 指針では合理的配慮に含まれるか否かの判断根拠として、個人的に使用するものか、業務に関連するものかどうかで区別（Personal/Job-related distinction）をしている<sup>599</sup>。たとえば、眼鏡や補聴器など業務外の日常生活に必要なものであれば、使用者は提供する必要がないとしている<sup>600</sup>。

<sup>596</sup> See EEOC 指針 “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE – Leave”, *supra* note 333.

<sup>597</sup> Nicole B. Porter (2013), *supra* note 390, at 547, 558-559.

<sup>598</sup> 44 F.3d 538 (7<sup>th</sup> Cir. 1995).

<sup>599</sup> Samuel R. Bagenstos (2009), *supra* note 393, at 69.

<sup>600</sup> See EEOC 指針 “GENERAL PRINCIPLES - Reasonable Accommodation”, *supra* note 333.

職場に行くために必要な補助器具の提供や、働くことを可能にする治療やリハビリを使用者が提供する必要はない<sup>601</sup>。体調の管理、服薬の管理などは、その性質上個人的な（**Personal**）なものに含まれ、それらの管理状況が職務遂行に影響しようとも使用者が管理することは合理的配慮には含まれないとされる<sup>602</sup>。業務外でも何らかの便益をもたらすような配慮は、労働者と使用者との関係を超えた個人的な便益を提供するものであり、使用者に提供義務はないとされる<sup>603</sup>。**Personal/Job-related distinction**では、配慮にかかる費用や負担ではなく、そのような配慮が業務外でも障害を持つ個人に個人的な便益をもたらすかどうかの問題とされている<sup>604</sup>。

## ② 使用者にとって必要でないポジションを新たに設けること

ADA 第 1 編は障害を持ち、適格を有する個人に対する雇用差別を禁止しているにすぎず、障害を持つ個人に対して有利に働くようなアファーマティブ・アクションを求めているとされる<sup>605</sup>。したがって、障害を持つ個人に配慮するため、必要でない新たなポジションを作ることは使用者に求められていないし、そのような配慮は合理的ではない<sup>606</sup>。

たとえば、一時的なポジションを永続的なものに変えることも、新たなポジションを設けること含まれるため、合理的な配慮ではないとされる<sup>607</sup>。業務上の怪我が原因で一時的に就労制限のある労働者のために、一時的な軽作業のポジションが設けられていたとしても、あるいは、一時的にバックアップ要員としてあるポジションを割当てられたとしても、合理的配慮として当該ポジションへ障害を持つ労働者を永続的に配置することは求められていない<sup>608</sup>。また、パートタイム化はひとつの合理的配慮として法律上列挙されているものの、**Terrell v. US Air**<sup>609</sup>では、原告が就業する事業所で、原告と同じ予約担当業務のパートタイム労働者は、当時、全員解雇されており、パートタイムのポジションが存在しなかつ

<sup>601</sup> **Williams v. United Ins. Co.**, 253 F.3d 280, 282-283 (7<sup>th</sup> Cir. 2001). 例えば、視覚障害のある労働者が、点字で書かれたものを提供するように使用者に要求することは可能でも、使用者が点字を教える必要はないのと同じく、使用者に求められているのは、職場環境の再編成であるとされた。

<sup>602</sup> **Brookins v. Indianapolis Power & Light Co.**, 90 F. Supp. 2d 993, 1007 (S.D. Ind. 2000). 鬱病を患っていた原告が、欠勤を続けたために解雇されたケースで、原告の鬱病に配慮するため、使用者が医師の予約を怠ったと原告は主張したが、一度使用者が医師の予約をしたからといって、それを継続する義務はないと判示された。

<sup>603</sup> Samuel R. Bagenstos (2009), *supra* note 393, at 69-70.

<sup>604</sup> *Id.*

<sup>605</sup> **Daugherty v. City of El Paso**, 56 F.3d 695, 700 (5<sup>th</sup> Cir. 1995). パートタイムのバス運転手のコーチとして期間の定めのない雇用契約を結んでいたが、糖尿病を患ったため、安全上のリスクを理由に適格性がないと判断された。その際、第 5 巡回裁判所は、ADA は、適格性を有する個人への雇用差別を禁止しているにすぎず、それ以上でもそれ以下でもないと判示した。

<sup>606</sup> **Buskirk v. Apollo Metals**, 307 F.3d 160, 169 (3<sup>rd</sup> Cir. 2002); **Shiring v. Runyon**, 90 F.3d 827, 831-832 (3d Cir. 1996)（リハ法に基づく裁判）。

<sup>607</sup> **Malabarba**, 149 F.3d at 696.

<sup>608</sup> **Champ v. Baltimore County**, 884 F. Supp. 991, 1000 (D. Md. 1995).

<sup>609</sup> 132 F.3d 621, 623-624, 627 (11<sup>th</sup> Cir. 1998).

たため、原告のためにポジションを作る必要はないとされた<sup>610</sup>。別のケースでも、障害を持つ労働者が合理的配慮としてパートタイムでの雇用継続を要求したことについて、使用者側が、原告のポジションでは、フルタイムで働くことは本質的職務機能であること、及び、原告と同じポジションにパートタイム労働者を雇用したことはないことを証明したことから、使用者には、これまで存在しなかったパートタイムのポジションを新たに作ることは要求されないし、原告は適格性のある個人であることを証明できていないと判示されている<sup>611</sup>。

### ③ 職務の本質的機能を免除または変更すること

適格性要件で記述したように、障害を持つ労働者に配慮するために、ポジションに求められる本質的な職務機能を免除したり、変更したりすることは、合理的でないとされる<sup>612</sup>。本質的職務機能の一部を他の労働者に移すこと、障害を労働者が遂行できるレベルに基本的職務の内容を調整することは、合理的配慮として求められていない<sup>613</sup>。たとえば、20 ポンド（約 9 キロ）以上の重量物の持ち上げを制限されている労働者が、合理的配慮として代わりに他の労働者に重量物の持ち上げ作業をしてもらうことを要求したところ、本質的職務機能のひとつである持ち上げ作業を他の労働者にさせる配慮は合理的ではないと判断された<sup>614</sup>。また、要求された配慮によって、他の労働者がより多く、より長時間働いたり、様々な機会をはく奪されたりすることになる場合、配慮は合理的ではないと判断されることもある<sup>615</sup>。ただし、一時的であれば、本質的職務機能の一部を遂行できない状態であったとしても、期間を限定してパートタイム勤務を認めたり、夜勤シフトを免除したりすることは、合理的配慮として提供を求められることもある<sup>616</sup>。

#### (イ) 裁判所が用いた合理性判断のための手段

裁判所が配慮の合理性を判断する際に使用した基準を一部紹介する。まず、**Vande Zande** 判決で用いられた **Cost-Benefit Analysis** を紹介し、費用のかかる配慮の合理性を裁判所がどのような枠組みで判断したのかについて確認する。次に、リハ法に基づく合理的配慮について争われた最高裁判決 **Alexander**

<sup>610</sup> *Id.* at 625.

<sup>611</sup> *White v. Std. Ins. Co.*, 2013 U.S. App. LEXIS 13368, 5-7 (6th Cir. Mich. 2013).

<sup>612</sup> *Fjellestad*, 188 F.3d at 950. ADA では障害を持つ労働者を配慮するために使用者に新規のポジションを作ること、あるいは、そのポジションの本質的機能を他の労働者に転換することを要求していない、使用者は、障害を持つ労働者を配慮するために本質的職務機能を再配置したり除去する必要はない、そのため、*Pizza Hut*（被告）は、原告の職務の本質的な機能を手伝わせるために、新たな労働者を雇用したり、既存の労働者を配置したりする必要はないと判示された。

<sup>613</sup> *Id.*

<sup>614</sup> *Majors v. GE Elec. Co.*, 714 F.3d 527, 534 (7th Cir. Ind. 2013).

<sup>615</sup> *Turco*, 101 F.3d at 1094.

<sup>616</sup> *Ralph v. Lucent Technologies, Inc.*, 135 F.3d 166, 172 (1st Cir. 1998). 復職後 4 週間の限定的なパートタイム勤務は配慮として合理的であるとされた（本件の日本語要約については、差別禁止法制度 第 1 分冊・前掲注 277, 281 頁参照）。その他、*Rehrs* 判決でも、最終的に原告は解雇されたものの、一定期間は昼間の固定シフトでの勤務が合理的配慮として認められている（*Rehrs*, 486 F.3d at 355.）。

v. Choate<sup>617</sup>で示された **Access/Content distinction** から、本質的職務機能と配慮の合理性について検討する。ただし、これらの判断枠組みがあらゆる合理性判断において用いられるわけではない。より詳細な検討は次節以降で行う<sup>618</sup>。

#### ① Cost-Benefit Analysis（費用対便益分析）

**Vande Zande** 判決は 1995 年と比較的早い時期に出された合理的配慮に関する判決であったため、アメリカ国内でも注目された<sup>619</sup>。日本でも **Vande Zande** 判決とその **Cost-Benefit Analysis**（費用対便益分析）は既に紹介されている<sup>620</sup>。

**Vande Zande** 判決で、第 7 巡回裁判所は、配慮の「合理性」判断で、費用対便益のバランスを考慮している<sup>621</sup>。本件で、**Posner** 判事は、配慮を修飾する「合理的」という用語は、障害を持つ労働者にとって効果的なものという意味ではなく、より限定され、最大限可能なものよりも「低い」という意味であるとした<sup>622</sup>。その上で、働くことを可能にするための変更にかかる費用と便益を常に定量化しなければならないわけではないし、費用がわずかでも便益を超えたなら、「合理的でない」というわけではないが、配慮にかかる費用とそれが生み出す便益とのバランスが不釣り合いであってはならないとした<sup>623</sup>。その結果、本件では、簡易台所にあるシンクを車椅子で使用できる高さに変更するために必要な費用は最低で 150 ドルかかるが、これはトイレの洗面台で食器を洗わなければならない原告が簡易台所を使用できるようになる便益に比べて、不釣り合いであるとされた<sup>624</sup>。

**Posner** 判事は、**ADA** が、障害を持つ人々が就労できるようにすることで、社会給付への依存を減らし、不必要な社会保障費の削減を目標としているのであれば、国は社会保障費を削減する一方で、適用団体に対して配慮のために多大な金銭的支出を要求するのは、錯誤だとしている<sup>625</sup>。

また、**Borkowski v. Valley Cent. Sch. Dist.**<sup>626</sup>判決で、第 2 巡回裁判所は、**Vande Zande** 判決の費用対便益分析の概念を引用し、配慮によってもたらされる便益が費用に対して明らかに不釣り合いでない場

---

<sup>617</sup> 469 U.S. 287(1985).

<sup>618</sup> 本章「5. **ADA** 第 1 編における裁判例の検討－合理的配慮の提供義務をめぐる個別的な事案①」, 「6. **ADA** 第 1 編における裁判例の検討－合理的配慮の提供義務をめぐる個別的な事案②「現在のポジションにおける本質的職務機能を遂行できなくなった場合の配慮」」を参照。

<sup>619</sup> Samuel R. Bagenstos (2003), *supra* note 331, at 949. See *infra* notes 639-642 and accompanying text.

<sup>620</sup> 長谷川 珠子 (2013)・前掲注 146, 37 頁。

<sup>621</sup> **Vande Zande**, 44 F. 3d at 543. 職場のパントリーのシンクとカウンターの高さが車椅子では利用可能なものではなかったため、合理的配慮として変更を求めた。また、原告は治療のために数週間、出勤できないため、自宅での勤務を認めるように使用者に要求した。本件では、どちらの請求も否定されている (at 545-546)。

<sup>622</sup> *Id.* at 542.

<sup>623</sup> *Id.* at 542-543.

<sup>624</sup> *Id.* at 546.

<sup>625</sup> **Vande Zande**, 44 F.3d at 543.

<sup>626</sup> 63 F.3d 131 (2nd Cir. 1995) (リハ法に基づく裁判)。本判決について長谷川珠子 (博士論文)・前

合にかぎり、配慮は合理的であるとしている<sup>627</sup>。本件で、第2巡回裁判所は、事実に基づく審理を行うための証明責任として、合理的配慮にかかる費用が表面的にその便益を明らかに超えない「実現可能な配慮」が存在することを原告が示したならば、被告はより精度の高い分析を行い、要求された配慮が合理的でないことを証明しなければならないとしている<sup>628</sup>。つまり、**Cost-Benefit Analysis**の詳細な分析を行う責任は被告側にあるとしている<sup>629</sup>。ただし、使用者に対し、過度の負担の積極的抗弁において、申出のあった配慮の費用と便益について数学的精度のある分析を行うよう求めている<sup>630</sup>。

本件では、交通事故による障害で記憶力や集中力に問題がある図書館教員が、アシスタントの提供を合理的配慮として求めたのに対し、アシスタントの提供は、原告の職務遂行を可能にさせるものであるとされた<sup>631</sup>。なお、本質的職務機能のアシスタントにさせる配慮は合理的ではないが、視覚障害者への朗読者の手配のように、アシスタントを提供する配慮でも、障害を持つ労働者の本質的職務機能を取り除かない場合もあり、本件では、原告は要求した配慮が合理的であることを証明したとされた<sup>632</sup>。

以上のように、第7巡回裁判所は、**Vande Zande**判決で**Cost-Benefit Analysis**という枠組みを示し、財政負担を伴う配慮の合理性を判断する基準として、配慮がもたらす便益を判断要素として使用する方法が提示されたとされる<sup>633</sup>。**Borkowski**判決は、**Vande Zande**判決の**Cost-Benefit Analysis**の枠組みにのっとり、配慮にかかる費用とそれから得られる便益との釣り合いを、証明責任において考慮している。ただし、**Borkowski**判決では、**Vande Zande**判決のようにアシスタントの提供にかかる費用とその便益を直接的に判断しているというよりもむしろ、そのような配慮の提供によって原告は本質的職務機能の遂行が可能になるかどうかという観点から判断している。つまり、アシスタントの提供によって本質的職務機能の遂行が可能になるということを証明したことをもって、原告は効果的な合理的配慮を示したと判断されている<sup>634</sup>。

---

掲注 285, 74 頁参照。リハ法の下で雇用差別を主張するケースにおいても、リハ法の連邦規則と ADA 第 1 編とでは同じ合理的配慮規定の文言が用いられていることから、ADA 第 1 編と同様に扱われる。

ADA 第 1 編に基づく合理的配慮にかかる裁判でも、リハ法の下での先行判例が引用されることも多い。

<sup>627</sup> *Id.* at 138. 「有効性に関わらず、提案された配慮が非常に費用のかかるものであれば合理的ではない。すなわち、配慮はそれが生み出す便益に対して費用が明らかに不釣り合いでないとされる場合のみ合理的である。」

<sup>628</sup> *Id.* at 138.

<sup>629</sup> *Id.* at 139.

<sup>630</sup> *Id.* at 140.

<sup>631</sup> *Id.* at 141-142.

<sup>632</sup> *Id.* at 142.

<sup>633</sup> 長谷川珠子（博士論文）・前掲注 285, 73 頁。

<sup>634</sup> *Borkowsk*, i63 F.3d at 141-142.



Vande Zande 判決は、単純な金銭的負担と便益比較に限定することで、合理的配慮義務が ADA の財政的目的である社会保障費の削減を達成するのに必要なもの以上にはならないようにする意図があったとされる<sup>635</sup>。なお、Vande Zande 判決も Borkowski 判決もどちらのケースにおいても、裁判所は、厳密な費用の正当化を求めている<sup>636</sup>。ちなみに、Monette v. Electronic Data Sys. Corp.<sup>637</sup> でも、証明責任において Vande Zande 判決が引用され、原告が要求した配慮は、「効果的かつ費用と釣り合いが取れていることの両方の意味で合理的である」ことを証明する責任を原告は負うとされている<sup>638</sup>。

Cost-Benefit Analysis を用いた Vande Zande 判決は、研究者からも批判された<sup>639</sup>。まず、配慮にかかる費用を便益とのバランスで考慮することについて、配慮にかかる費用は、過度な負担を判断する際の要素となる使用者の総合的な資産とのバランスで考慮すべきとする批判がある<sup>640</sup>。また、合理性判断に Cost-Benefit Analysis を用いることについて、費用分析の点で過度の負担の判断と重複するため、合理性判断で配慮の有効性を検討し、過度な負担の判断で費用分析をする方が妥当であるとする意見がある<sup>641</sup>。さらに、Vande Zande 判決では、特にエコノミストによる Cost-Benefit の厳密な分析は必要ではないとされ、実際に、費用と便益の関係でどのような分析が行われたか明らかではない点にも批判がある<sup>642</sup>。

他にも、Vande Zande 判決では、配慮が生み出す便益として障害を持つ労働者が感じるスティグマの除去を考慮していないという批判がある<sup>643</sup>。簡易台所の使用ができないため、トイレの洗面台で食器を洗わなければならない原告が、配慮によって簡易台所を使用できるようになることの便益が 150 ドルの改修費用と比べて不釣り合いとしたことは、他の労働者と隔離され、異なる取扱いを受けることによって、障害を持つ労働者がスティグマを感じる恐れがあることを考慮していない<sup>644</sup>。社会保障費削減の議論が ADA の解釈を狭くて望ましくない方向へ導いてしまっているが、本来、ADA は、スティグマを押

<sup>635</sup> Christopher B. Brown, Incorporating Third-Party Benefits into the Cost-Benefit Calculus Of Reasonable Accommodation, 18 Va. J. Soc. Pol'y & L. 319, 326 (2011).

<sup>636</sup> *Id.* at 324.

<sup>637</sup> 90 F.3d 1173 (6th Cir. Mich. 1996).

<sup>638</sup> *Id.* at 1183, 1188. 配慮が「合理的」かどうかの検討において、Cost-Benefit 分析が使用されることなく、原告に適格性のあるポジションに空きがでるまで、被告は原告に無給休暇を与えおくべきであったという原告の主張に対し、原告は「合理的な」配慮を提案できていないとされた。また、原告が無期限の休職から戻るまで原告のポジションを空席にしておくことは過度な負担となるという被告の説明に対して、原告は重要な事実についての真正な争点を作り出せていないと判断され、地裁が下したサマリー・ジャッジメントは適切であったとされた。

<sup>639</sup> Christopher B. Brown, *supra* note 635, at 324-327; Cass R. Sunstein, Cost-Benefit Analysis without Analyzing Costs or Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms, 74 U. Chi. L. Rev. 1895, 1898-1899 (2007).

<sup>640</sup> Mark C. Weber, *supra* note 586, at 1171-1172.

<sup>641</sup> Cass R. Sunstein, *supra* note 639, at 1901.

<sup>642</sup> *Id.* at 1900-1902.

<sup>643</sup> Samuel R. Bagenstos (2003), *supra* note 331, at 951-953.

<sup>644</sup> *Id.* at 951-952.

され、不利益を被っていたグループに、そのスティグマや社会的不利に対して立ち向かう手段を提供しているはずである<sup>645</sup>。

しかし、費用をかけてシンクの高さを変更すれば、確かに原告が感じるスティグマを取り除くことができるかもしれないが、妥当な快適さで就労できることを超えた配慮を提供したとしても、ADA が目的とする社会保障費の削減につながらないとして、便益に見合わないと判断されたのではないかとされている<sup>646</sup>。ADA 第 1 編の効果として、障害差別の禁止によって、障害を持つ人々が労働市場に参加できるようになることで、結果として、社会給付への依存が減り、社会保障費の削減につながることが期待され、強調された<sup>647</sup>。そのため、ADA 第 1 編は差別禁止法というよりもむしろ、障害を持つ人々の労働市場への移行を促進するための法律のような印象がもたれたため、ADA 第 1 編は単に障害差別を禁止する法であることを裁判所も強調し、合理的配慮義務を狭く解釈する結果になったとも考えられている<sup>648</sup>。そこで、Vande Zande 判決のように、ADA で社会保障費の削減を強調した結果、国が社会保障費を減らす分、使用者に合理的配慮としてその費用を負担させることは適切でないという判断に至ったのではないかと指摘される<sup>649</sup>。

② Access/Content distinction (アクセスを可能にするか、根本的に内容を変更するか  
どうかの違い)

Access/Content distinction 基準とは、合理的配慮によって障害を持つ人々が障害のない人々が享受している便益に同等にアクセス (Access) できるようにすることを求めているのであり、その便益の内容 (Content) を変えるような配慮は要求されていないとする区別である<sup>650</sup>。

合理性を判断する際にこのような区分方法を導入したのは、リハ法の下で争われた Alexander v. Choate である<sup>651</sup>。Alexander 判決において、最高裁は、Southeastern Community College v. Davis<sup>652</sup>を引用し、一般に提供されている便益やサービスへのアクセスは障害を持つ個人にも提供されるべきとし

---

<sup>645</sup> *Id.*

<sup>646</sup> *Id.* at 984.

<sup>647</sup> *Id.* at 951.

<sup>648</sup> *Id.* at 953-954

<sup>649</sup> *Id.* at 984-985. Vande Zande 判決では、Posner 判事が、国の社会保障費を削減して、適用団体に配慮のために多大な金銭的支出を要求するのは、錯誤だと述べ、したがって、費用をかけてシンクの高さを変更すれば、確かに原告が感じるスティグマを取り除くことができるかもしれないが、妥当な快適さで就労できることを超えた配慮を提供することを求めていると判示した (Vande Zande, 44 F.3d at 543.)。

<sup>650</sup> Samuel R. Bagenstos (2009), *supra* note 393, at 70-71.

<sup>651</sup> *Id.* at 73.

<sup>652</sup> 442 U.S. 397, 410 (1979). 聴覚障害のある看護学生のための配慮として、トレーニングプログラムを変更する必要があるかどうか争われた。結果として、そのようなプログラムの性質を根本的に変更することは、制定法及び規則で規定している合理的配慮をはるかに超えたものであると判示した。

た上<sup>653</sup>で、障害を持つ個人を配慮するためにプログラムまたはサービス内容の「根本的」または「実質的」な修正を行う必要はないことを認めた<sup>654</sup>。その後も、リハ法に基づく裁判では、**School Board of Nassau County, Florida v. Arline**<sup>655</sup>において、配慮が「過度の財政的、庶務的負担」を課す場合、あるいは、「プログラムの性質に根本的な変更」をもたらす場合は、そのような配慮は合理的ではないとされた<sup>656</sup>。

**Access/Content distinction** は、ADA 第 3 編の公共的施設 (**Public Accommodation**) にて流用されている (§12182(b)(2)(A)(ii))。雇用分野に関しては、ADA の草案段階において、「法律上、使用者が提示することのできる職務内容及び方針に関して、当該職務の本質的機能を根本的に変更してしまうような修正、調整、あるいは変更を行うことを使用者に要求していない」と、適格性に関する説明で表われている<sup>657</sup>。ADA 第 1 編の下では、**Webb v. Clyde L. Choate Mental Health & Dev. Ctr.**<sup>658</sup>で、精神衛生センターで働く精神科医が、ぜんそく、骨粗しょう症、その他免疫系機能の低下を患い、合理的配慮として暴力的または感染症患者との接触の回避を求めたところ、原告の要求した配慮は、施設が対象とする患者のタイプを変えることを求めているため、そのような配慮は合理的でないと判示されている<sup>659</sup>。

**Bagenstos** によると、**Access/Content distinction** は、雇用分野においては同じ仕事へのアクセスを保障するだけで、使用者が一般に提供する雇用機会の内容を変えるならば、どれほど合理的でも配慮は要求されないという点で、障害を持つ個人が仕事に就くことを可能とする配慮を排除する可能性があるとして批判している<sup>660</sup>。

---

<sup>653</sup> *Alexandar*, 469 U.S. at 301-302.

<sup>654</sup> *Id.* at 300.

<sup>655</sup> 480 U.S. 273 (1987).

<sup>656</sup> *Id.* at 287.

<sup>657</sup> S. Rep. No.101-116, at 30 (1989). 適格性のある障害を持つ個人 (**Qualified individual with a disability**) に関する説明として記載されている。

<sup>658</sup> 230 F.3d 991 (7th Cir. Ill. 2000).

<sup>659</sup> *Id.* at 1000. 事業の根本的な内容の変更を伴うため、原告が要求した配慮は合理的ではないとされた。

<sup>660</sup> Samuel R. Bagenstos (2009), *supra* note 393, at 70-71. Bagenstos は、**Personal/Job-related** ルール、**Access/Content distinction** のどちらも障害を持つ個人が仕事に就くことを可能とする配慮を排除する可能性があるとして批判している。

## (6) 過度な負担 (Undue Hardship)

ADA では、使用者が要求された配慮を提供する義務を負うかどうかを争う場合に、要求された配慮が合理的であるかどうかの判断が、過度の負担をもたらすかどうかの判断よりも先に行われるため<sup>661</sup>、過度の負担に関して詳細に吟味した判例はかなり少ない<sup>662</sup>。

その中で、ADA 第 1 編の下での裁判で、原告の求める配慮は過度の負担をもたらすであろうという判断に基づいて、原告が求めた配慮を前提として本質的職務機能の遂行ができるかどうかを判断することはできないとされたケースに **Buckles v. First Data Resources, Inc.**<sup>663</sup>がある。原告は反復性副鼻腔炎を患っており、強い香水、煙草、マニキュア液、接着剤などの刺激物によって症状が引き起こされるため、使用者は、換気の良い場所に原告の作業場を設け、マニキュア液の使用を禁止する通知を出した<sup>664</sup>。さらに、使用者は、原告が刺激物を感知したら、電話を止めて上司に報告し、問題が解決するまで待つことができる仕組みを設けた<sup>665</sup>。それでも原告は欠勤が多く、勤務態度に問題があったため、原告は解雇された<sup>666</sup>。原告は、使用者は刺激物の回避を行わなかったとし、提供された配慮は合理的ではなかったと主張したが、裁判所は、ADA では完全に刺激物のない孤立した作業場を労働者に提供することや、制限なく欠勤を認めることを使用者に求めているとし、原告の求めた配慮は財政的にも運営的にも過度な負担を課すことになるであろうと判断した<sup>667</sup>。そして、原告は、その他に本質的職務機能の遂行を可能にする合理的配慮の可能性を示せておらず、その結果、ADA 第 1 編の下で適格性を有する個人であることの証明ができていないと判断された<sup>668</sup>。

EEOC は、EEOC 指針で「過度な負担にかかわる問題」について説明及び例示を行っている。それによると、財政面で過度な負担となるかどうかを判断する際には、州のリハビリテーション局など、外部の財源から得られるあらゆる助成を検討し、さらに、税優遇措置や「配慮」に要する費用の控除を受けることができるかどうかについても検討した上で、使用者が純粋に負担する費用にのみ焦点を当てるべきだとしている<sup>669</sup>。また、使用者がある特定の配慮について過度の負担をもたらすであろうと判断した

---

<sup>661</sup> ADA の合理的配慮に関する裁判では、配慮が表面的には合理的であることを原告が証明しなければならないとされている (See *supra* notes 491-492 and accompanying text)。

<sup>662</sup> Cases and Materials Cases and Materials on Employment Discrimination Law (4<sup>th</sup> edition, 2012) at 563.

<sup>663</sup> 176 F.3d 1098 (8th Cir. Neb. 1999).

<sup>664</sup> *Id.* at 1099-1100.

<sup>665</sup> *Id.* at 1101.

<sup>666</sup> *Id.* at 1100.

<sup>667</sup> *Id.* at 1101-1102.

<sup>668</sup> *Id.* at 1102. 障害差別の一応の証明 (prima facie case) を満たせていないとされた。

<sup>669</sup> See EEOC 指針 "Undue Hardship Issues", *supra* note 333.

としても、別のタイプの配慮が有効であり、過度の負担をもたらさないのであれば、使用者はこの 2 番目の配慮を講じなければならないとされる<sup>670</sup>。

EEOC 指針で提示されている事例のひとつに、多発性硬化症を患うコンビニエンスストアの店員が、彼の障害に対する配慮として、フルタイム勤務からパートタイム勤務への変更を申し出た例がある<sup>671</sup>。使用者は、シフトごとに 2 人の店員を配置しており、1 人の勤務時間を短縮すれば、もう 1 人の業務量が増え、責任能力をかなり超える。そこで、使用者は、そのような配慮を認めれば、陳列棚に商品を並べることができない、安全を維持できないといった結果がもたらされると判断した。使用者は、事業運営に著しい混乱をもたらすことを理由に、労働者の要求した配慮は過度の負担であることとを示しており、配慮を拒否することができるとしている。ただし、他に当該労働者を支援する過度な負担とならない配慮があるかどうかは、検討する必要があるとしている<sup>672</sup>。

議会は、ADA 第 1 編で規定する過度の負担は、リハ法 § 504 の実施に関する連邦規則の規定から引用したものであり<sup>673</sup>、それに準じて適用されると考えていた<sup>674</sup>。なお、リハ法に基づく裁判で、合理的配慮にかかる費用について過度な負担となるかどうかは議論されたケースとしては以下のようなものがある。

*Nelson v. Thornburgh*<sup>675</sup>では、視力障害のある原告にパートタイムで朗読者を雇うことは、原告の給料の 3 割近くの費用が発生することになるとしても、機関の予算が 3 億ドルであることを考えればそれほど大きな額にはならないとされた<sup>676</sup>。

*Arneson v. Heckler*<sup>677</sup>では、第 8 巡回裁判所は、「どのような種類の配慮が合理的かを判断する際に、裁判所は、必要な職場の配慮にかかる費用の合理性、公平かつ適切な改善策となるための代替手段もしくは他の適切な救済の可能性を考慮に入れることが許されている (29 U.S.C. § 794a(a)(1) (1982))。非合理的な配慮とは、プログラムの運営に過度な負担を課すものである (29 C.F.R. § 1613.704(a) (1988))<sup>678</sup>」とした上で、神経障害による失行症を患う原告のために、被告が彼の仕事を校正するパートタイムの庶務アシスタントを提供すること、原告が以前就業していた半個室のオフィス

---

<sup>670</sup> *Id.*

<sup>671</sup> *Id.* See “Undue Hardship Issues Example B”.

<sup>672</sup> *Id.*

<sup>673</sup> 合理的配慮が機関の運営に過度の負担をもたらすかどうかを判断する際には、「(i) 従業員数、施設の数や種類、予算の規模の点からの機関プログラムの全体規模、(ii) 機関の全従業員の構成や構造を含めた機関運営の種類、(iii) 配慮の質や費用」といった要素を考慮すべきとされている (29 C.F.R. § 1613.704(c) (1982); *Mantolite v. Bolger*, 767 F.2d 1416, 1423 (9th Cir. Ariz. 1985))。

<sup>674</sup> H.R. Rep. No. 101-485, pt. 2, at 67 (1990).

<sup>675</sup> 567 F. Supp. 369 (E.D. Pa. 1983), *aff'd*, 732 F.2d 146 (3d Cir. 1984).

<sup>676</sup> *Nelson*, 567 F. Supp. at 380.

<sup>677</sup> 879 F.2d 393 (8th Cir. 1989).

<sup>678</sup> *Id.* at 397.

を提供できる事業所へ異動させることなど、差戻し審にて原告の職務遂行を可能にする配慮の可能性を検討するよう要請した<sup>679</sup>。しかしながら、差戻し審において事実関係が再度精査された結果、原告の職務遂行を支援するアシスタントを雇うことは、合理的な配慮ではないし、財政的に被告に過度の負担をもたらすと判断された<sup>680</sup>。

**Treadwell v. Alexander**<sup>681</sup>では、冠動脈のバイパス手術とペースメーカーの装着手術をした原告を採用した場合、被告は、原告の職務の多くを他の労働者に代わりにするよう要求しなければならないこと、また、15万エーカーの公園をパトロールする所定の時間に、2名から4名の労働者しかいないのであれば、人員が限られている被告にとって、そのような重複雇用は過度の負担となるという判断に基づき、裁判所は、被告は原告が当該職務を遂行できるかどうかに関して適切に判断した上で不採用を決定したと認めた<sup>682</sup>。その上で、裁判所は、原告個人の能力や配慮の提案にかかる証拠を示す責任は原告にあり、原告はこの証明責任の要件を満たしていないとした<sup>683</sup>。

裁判所はリハ法に基づく合理的配慮に関して、過度の負担となるかどうかを判断してきたが、費用のかかる配慮に関しては、どの程度の金額であれば過度の負担となるのか、また、費用のかからない配慮に関しては、何を基準に「重大な困難」となり、過度な負担と判断されるのかについて、混乱がなかったとはいえない<sup>684</sup>。つまり、リハ法における裁判でも、ADAにおける裁判でも、合理的配慮や過度な負担の判断のための明確な基準を設けることについて、裁判所が成功しているとはいえない。

#### (7) 抗弁（直接的な脅威と問題行動）

ADA 第1編で禁止されている差別行為を行ったという主張に対し、障害を持つ個人が他人への直接的な脅威をもたらすこと、もしくは、自分自身の安全や健康に対してリスクがあることを理由とする使用者の抗弁（Defense）を認めている（§12113(b)）。

たとえば、HIV感染者が看護師の職に応募してきた場合に、使用者は障害に対する差別や偏見等により不利益な取扱いをしてはならない<sup>685</sup>。ただし、障害があることを理由に、使用者が適格性を有する応

<sup>679</sup> *Id.* at 397-398.

<sup>680</sup> **Arneson v. Heckler**, 1990 U.S. Dist. LEXIS 9859, 12-13 (E.D. Mo. 1990). 差戻し審では、原告が以前就業していた事業所（Clayton オフィス）へ異動させることに関しても、Clayton オフィスは労働者も多いため騒がしく、原告にとって気をそらすものが多いため、状況を悪化させる可能性があり、合理的な代替案とはいえないとしている。

<sup>681</sup> *See supra* note 337. 冠動脈のバイパス手術とペースメーカーの装着手術をした原告が、公園内の技術職に応募したところ、被告は、原告の健康状態を理由に候補から外した。これに対し、原告は被告が原告の身体的障害を理由に、当該職務への採用を不当に拒否したと主張した（at 475）。

<sup>682</sup> *Id.* at 478.

<sup>683</sup> *Id.*

<sup>684</sup> Steven B. Epstein (1995), *supra* note 421, at 423.

<sup>685</sup> EEOC, PRESS RELEASE 12-3-14, Maxim Healthcare Services Will Pay \$75,000 to Settle EEOC

募者を採用しなかった場合でも、当該応募者を採用することで他人の安全や健康へのリスクが生じるとする直接的な脅威を示すことができれば、ADA 第 1 編では、抗弁として認められる。

直接的な脅威は、労働者による暴力や暴言など、問題行動として現れることもある。したがって、以下では、（ア）で直接的な脅威と問題行動に関して、（イ）で労働者自身の健康や安全に対するリスクと直接的な脅威に関する解釈について取り上げる。

#### （ア）直接的な脅威（direct threat）と問題行動（Misconduct）

ADA 第 1 編では、障害を持つ個人が他人への直接的な脅威をもたらさないことを使用者の適格性基準に含めることが認められており（§12113(b)）、障害が原因であっても障害を持つ個人が直接的な脅威をもたらす場合、当該個人は適格性がないと判断される。

Jarvis v. Potter<sup>686</sup>では、心的外傷後ストレス障害（PTSD）を負う原告が、急に近づいてきた同僚に驚き、咄嗟に相手を攻撃あるいは反撃する行動に出たため、同僚を危険にさらしたという理由で郵便局を解雇された<sup>687</sup>。原告は、合理的配慮として同僚に対し彼を驚かせて攻撃的な行動に移らせないように通知するよう求めたが、原告の症状は悪化しており、そうした配慮によって直接的な脅威とならないことを証明できなかったため、地裁の判決が認められた<sup>688</sup>。

さらに、Den Hartog v. Wasatch Academy では、障害のない労働者（原告）の息子に障害があり、その息子の障害が原因で、職場の人に直接的な脅威がもたらされる場合にも、直接的な脅威を防ぐ手段がないのであれば原告を解雇できるとして、被告に有利なサマリー・ジャッジメントを下した地裁判決が認められている<sup>689</sup>。

一方で、Gambini v. Total Renal Care, Inc.<sup>690</sup>では、原告の業績に関して話しあう会議の場で、「暴力的な爆発」を起こしてしまった原告の雇用契約を被告が終了した理由は、原告の業績ではなく、原告の気性であるとされた<sup>691</sup>。本判決で、裁判所は、原告の行動について双極性障害の影響だと合理的に推測

---

Disability Discrimination Suit, available at <http://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/12-3-14.cfm> (last visited 2017/12/18).

<sup>686</sup> 500 F.3d 1113 (10th Cir. Utah 2007)（リハ法に基づく裁判）。

<sup>687</sup> *Id.* at 1116.

<sup>688</sup> *Id.* at 1124-1125.

<sup>689</sup> *Den Hartog*, 129 F.3d at 1091-1092.

<sup>690</sup> 486 F.3d 1087 (9th Cir. 2007). 双極性障害を患っている原告の症状が悪化し、仕事のパフォーマンスの低下がみられたため、上司が改善案を話し合うために、原告を呼び出したところ、その会議の場で原告は感情的になり、上司に対して提示された改善書を投げつけ、不敬な言葉で強く罵り、会議を出て行った行為について、解雇の根拠となり得るかどうかが争われた。原告は、被告会社に対してあの会議での行動は、双極性障害の結果であり、解雇の決定を再考するように書面で求めたが、被告は再考することを拒んだため、原告は訴訟を提起した。第 9 巡回裁判所は、の *Humphrey* と *Gambini* の状況は実質的に類似しているとしている。

<sup>691</sup> *Id.* at 1094.

し得るし、障害による行動、障害による症状に対してもADAの保護の対象となると判示している<sup>692</sup>。そのため、被告が反論するのであれば、ビジネス上の必要性、個人的な脅威、合理的配慮の場合は過度な負担となることを理由にしなければならないとされた<sup>693</sup>。

他方、障害や疾病によって引き起こされる症状や発作が関係する問題行動については、直接的な脅威をもたらす場合に限らず、使用者が問題行動を理由に障害を持つ労働者を解雇することは、ADA違反とされないと言われるケースがある。たとえば、上司の生命を脅かしたPTSDの郵便局職員の解雇が争われた *Jones v. American Postal Workers Union*<sup>694</sup>、さらに、会社の敷地内で喧嘩したてんかんを持つ労働者の解雇について争われた *Taylor v. Dover Elevator Sys., Inc.*<sup>695</sup>で、裁判所は、障害を理由にする解雇と問題行動を理由とする解雇の違いに注目して解雇の有効性を判断している<sup>696</sup>。EEOC 指針でも、障害に基づくものであっても、職務に関連し、事業の運営上必要と認められる規定に違反した労働者の処分や解雇を使用者が取り下げる必要はないとしている<sup>697</sup>。

さらに、*Martinson v. Kinney Shoe Corp.*<sup>698</sup>では、てんかんの発作を理由に解雇されたことが争われている。第4巡回裁判所は、発作を理由に解雇することは、障害を理由に解雇することであり、てんかんを患っていること、もしくは、付随する発作を理由として、適格性のある個人が使用者が解雇することは許されていないとしている<sup>699</sup>。しかしながら、裁判所は、被告店舗の警備を原告の監視に頼らないならば、原告は職務を十分に遂行できるといえるけれど、警備機能は本質的機能のひとつであり、それを遂行できないため、原告は適格性を満たす個人であることを証明できていないと判断した<sup>700</sup>。

一方、睡眠時無呼吸症により手術中に寝てしまった麻酔医が解雇された *Brohm v. JH Props., Inc.*<sup>701</sup>では、被告は他の労働者が就業中に寝てしまった場合と同じように原告を扱ったのであり、それゆえ、原告は、障害を理由とする差別があったことの一応の証明（*prima facie case*）ができていないとされた<sup>702</sup>。また、職務遂行中に寝てしまう麻酔医を雇用することは危険であるという事実から、被告は、原告

---

<sup>692</sup> *Id.* at 1095.

<sup>693</sup> *Id.*

<sup>694</sup> 192 F.3d 417 (4th Cir. W. Va. 1999). 問題行動が障害と関連しているとしても、労働者の問題行動に基づき当該労働者を使用者が解雇する場合、ADA違反とされないことは、法律問題として確定しているとされた。その結果、問題行動が原告の障害により生じたものであっても、原告の重大な問題行動を使用者が黙殺するようなことをADAは要求していないと判示された。

<sup>695</sup> 917 F. Supp. 455 (N.D. Miss. 1996).

<sup>696</sup> *Id.* at 463.

<sup>697</sup> See EEOC 指針 "OTHER REASONABLE ACCOMMODATION ISSUES 35", *supra* note 333.

<sup>698</sup> 104 F.3d 683 (4th Cir. 1997). 靴店のセールスパーソンとして平均以上の業績を上げていた原告が、就業中にてんかんの発作を起こし、次に発作を起こした場合には解雇されるという忠告を受けていたところ、再度発作が出たため、解雇された (at 685)。

<sup>699</sup> *Id.* at 686.

<sup>700</sup> *Id.* at 687-688.

<sup>701</sup> *Brohm v. JH Props., Inc.*, 947 F. Supp. 299 (W.D. Ky. 1996), *aff'd*, 149 F.3d 517 (6th Cir. 1998).

<sup>702</sup> *Brohm*, 149 F.3d at 521-522.



の解雇について正当な理由を提示しているとされた。この場合、原告は、被告が当該解雇を正当化しているが、実は不法な差別的意図を隠すためのいい逃れであることを証明しなければならないとされた<sup>703</sup>。

障害に関連する問題行動は、アルコール中毒、薬物中毒<sup>704</sup>、その他、特に、双極性障害、うつ病、心的外傷後ストレス障害（PTSD）、強迫神経症（OCD）に見られる<sup>705</sup>。精神障害は異常な行動によって明らかになり、事実、異常行動に基づき診断される<sup>706</sup>。また、トゥレット症候群では、チック症に、頻繁に節度を欠いた「社会的に許容されない言葉の使用」をする汚言症も含まれ、症状によっては職場での暴言濫用が生じるケースもある<sup>707</sup>。身体的障害にも、使用者にとって好ましくない行動を引き起こすものもある。たとえば、糖尿病を患う人が低血糖状態にある時には、方向感覚を失ったり、集中するのが困難であったり、立っていることが難しかったり、イライラしたり、気分がむらが生じて、職場で非協力的で対立的な態度を引き起こす<sup>708</sup>。また、車両の運転にも悪い影響が出ることもある<sup>709</sup>。

なお、ADAでは、薬物不法使用者またはアルコール中毒である労働者の職務遂行や行動が不満足で、それらが薬物の使用やアルコール中毒と関係があるとしても、使用者は他の労働者に課している雇用または職務遂行及び行動に関する適格基準と同じ基準に従わせることができる（§12114(c)(4)）。これを受けて、薬物使用やアルコール中毒が関わる場合、障害が原因で生じる行動を理由に、薬物不法使用者またはアルコール中毒である労働者を解雇できるとされている<sup>710</sup>。Maddox v. Univ. of Tenn<sup>711</sup>では、アルコール中毒を理由に解雇したのではなく、飲酒運転という行為を理由に解雇したと判断され、障害を理由とする解雇と許しがたい問題行動による解雇の違いに焦点が当てられている<sup>712</sup>。Mararri v. WCI Steel<sup>713</sup>でも、アルコールの影響が勤務時間にも出るような飲酒は行動規範で禁止されているにもかかわらず

---

<sup>703</sup> *Id.* at 522.

<sup>704</sup> 薬物の不法使用に関与している人はADAの対象にはならない（§12210 (a)）。監視下でリハビリプログラムを無事終了し、あるいは、それ以外の方法でリハビリに成功し、もはや薬物の不法使用に関与していない人はADAの障害を持つ人に該当し得る（同条(b)）。

<sup>705</sup> Kelly Cahill Timmons, *Accommodating Misconduct under the Americans with Disabilities Act*, 57 Fla. L. Rev. 187, 205 (2005).

<sup>706</sup> *Den Hartog*, 129 F.3d at 1087.

<sup>707</sup> *Ray v. Kroger Co.*, 264 F. Supp. 2d 1221, 1224 (S.D. Ga., 2003), *aff'd*, 2003 U.S. App. LEXIS 27230 (11th Cir., 2003).

<sup>708</sup> *Siefken v. Village of Arlington Heights*, 65 F.3d 664, 665-666 (7th Cir. Ill. 1995); *Bugg-Barber*, 271 F. Supp. 2d at 122-23, 126 (D.D.C. 2003).

<sup>709</sup> *Siefken, Id.* at 665-66. 糖尿病により、運転中に見当識障害になった原告は警察に止められるまで不規則運転を続け、その間の記憶がなかった。

<sup>710</sup> *Vandenbroek v. PSEG Power Conn. L.L.C.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 18320, 15-16 (D. Conn. Mar. 9, 2009).

<sup>711</sup> 62 F.3d 843 (6th Cir.1995).

<sup>712</sup> *Id.* at 847.

<sup>713</sup> 130 F.3d 1180 (6th Cir. Ohio 1997).

らず、それに従わなかった労働者は、アルコール中毒を患っていることを理由に解雇されたのではなく、行動規範の違反を理由に解雇されたと判示された<sup>714</sup>。

ちなみに、行動規範に違反して解雇された労働者は再雇用しないという方針が、障害差別に該当するかどうか争われた**Raytheon Co. v. Hernandez**<sup>715</sup>では、差別的取扱い法理<sup>716</sup>または差別的効果法理<sup>717</sup>の両方の観点から検討され、控訴審で、第9巡回裁判所は、この方針によってリハビリが成功した薬物中毒者の再雇用も妨げられるという理由で、使用者の主張を退けた<sup>718</sup>。しかし、最高裁は控訴審判決を棄却し、応募者の障害が動機となって再雇用の拒否をしたのではないことを証明する際に問題となるのは、使用者の行為が合法で、非差別的な理由に基づきなされたことを使用者が示しているかどうかであるとして、使用者の再雇用方針を否定しなかった<sup>719</sup>。

#### (イ) 労働者の安全や衛生に対するリスク

ADA 第 1 編の「職場にいる他の個人の健康や安全に直接的な脅威をもたらさないこと」とする抗弁 (§12113(b)) には、他の労働者へのリスクに限らず、障害を持つ労働者自身の安全や衛生に対するリスクも含まれると解されている (29 C.F.R. § 1630.15(b)(2))<sup>720</sup>。

他の労働者及び障害を持つ労働者自身への安全のリスクに関して争われたケースとして、**EEOC v. E.I. Du Pont de Nemours & Co**<sup>721</sup>がある。原告は、複数の病状によって歩行が益々困難になり、治療を継続的に受ける必要が生じており、被告会社の工場で健康診断を受診したところ、被告会社の医師は、原告に 10 分以上立っていること、100 フィート休憩なしに歩くこと、前屈みの姿勢で作業すること、8 時間以上働くことを禁止した。そのため、被告は、原告を研究所のオペレーターから、デスクワークである研究所のクラークのポジションに異動させた<sup>722</sup>。その後、被告は、原告は自力での歩行による避難が難しいと判断し、原告に障害休暇を与え、復職を認めなかった<sup>723</sup>。被告は、化学工場の性質として全員に避難できることを要求していると主張し、緊急時に避難できないことは、適格性を有しないこと、さらに、労働者自身または他人への安全上の直接的な脅威となることを主張した<sup>724</sup>。しかし、原告が

<sup>714</sup> *Id.* at 1183.

<sup>715</sup> 540 U.S. 44 (2003).

<sup>716</sup> *Id.* at 52-53; *Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324, 335 (1977).

<sup>717</sup> *Raytheon, Id.*; *Teamsters, Id.* at 335-336.

<sup>718</sup> *Hernandez v. Hughes Missile Sys. Co.*, 298 F.3d 1030, 1036 (9th Cir. Ariz. 2002).

<sup>719</sup> *Raytheon*, 540 U.S. at 55. その後、第 9 巡回裁判所は、事実問題として、被告が主張するような再雇用しない方針が明文化されておらず、存在することが明らかでないことから、被告はそのような基準を理由とするのではなく、原告の過去の中毒記録を理由に再雇用を拒否したと判断し、下級審に差し戻されている (*Hernandez v. Hughes Missile Sys. Co.*, 362 F.3d 564, 569-570 (9th Cir. Mar. 23, 2004)).

<sup>720</sup> See *supra* notes 449-450 and accompanying text.

<sup>721</sup> 480 F.3d 724 (5th Cir. La. 2007).

<sup>722</sup> *Id.* at 727-728.

<sup>723</sup> *Id.* at 730-731.

<sup>724</sup> *Id.* at 730.

2003 年に補助なしで歩行での避難が可能であったこと、他の労働者への脅威とならないことを証明したという証拠により、使用者側が申し立てたサマリー・ジャッジメントを認めなかった原審を支持した<sup>725</sup>。

労働者自身の安全と衛生へのリスクがあることが直接的な脅威の抗弁として認められるかどうかについては、*Chevron U.S.A. v. Echazabal*<sup>726</sup>で争われ、最高裁によって、ADA 規則の規定（29 C.F.R. § 1630.15(b)(2)）の有効性が認められた。原告は、C 型肝炎が原因で肝機能に異常が見られ、Chevron の精製所で毒性物質に曝露し続けることで悪化する恐れがあると Chevron の医師は伝えた<sup>727</sup>。Chevron は、原告への直接雇用の申出を撤回し、原告を雇用している会社にも、原告を化学物質に曝露しない職場に異動させるか、あるいは、完全に精製所から原告を追い出すように求めたため、その会社は原告を解雇した<sup>728</sup>。最初の控訴審では、第 9 巡回裁判所は、法律上の規定が明確に他の労働者に対する脅威とされていることを挙げ、自身の衛生や安全に対するリスクなしに職務を遂行する能力は、職務の「本質的な機能」ではないと判じ、原告は適格性を有していないとする Chevron の主張を否定した<sup>729</sup>。一方、最高裁では、ADA 規則の有効性を認める上で、直接的な脅威とは、他の労働者に対するリスクのみを対象とするのか、障害を持つ労働者自身の安全や衛生のリスクも含むのかどうかという点に焦点を当てている<sup>730</sup>。結果として、法律上、労働者自身も対象に含みうる曖昧さがあることが指摘され、議会の意図を考慮しても、「他人に対する脅威のみ言及する」ことで、自身への脅威を含まないことを明確にするという意図があったのかどうか定かではないこと、自身への脅威を含める解釈も不可能ではないとされた<sup>731</sup>。

---

<sup>725</sup> *Id.* at 732.

<sup>726</sup> See *supra* note 449. Chevron から保守業務を請負う会社に雇用されていた原告は Chevron との直接雇用を求めて応募した。Chevron は身体検査に合格することを条件に採用通知を出した。しかし、肝機能の検査で、ある酵素の排出量が高いことが判明し、職場で溶剤や化学物質に曝露することで、原告の健康状態が悪化する可能性があると考えて、Chevron は採用を撤回した。さらに原告を雇用している会社にも、このリスクを知らせた結果、原告との雇用契約を終了させた。地裁は、被告の申し立てたサマリー・ジャッジメントを認めたが、2000 年、第 9 巡回裁判所は、直接的な脅威の抗弁の中には、労働者自身の健康へのリスクは含まれないと判断し、ADA 規則で示された EEOC の解釈を否定した（226 F.3d 1063, 1069 (9th Cir. Cal. 2000)）。

<sup>727</sup> *Chevron*, 536 U.S. at 76.

<sup>728</sup> *Chevron*, 336 F.3d at 1027.

<sup>729</sup> *Echazabal v. Chevron USA, Inc.*, 226 F.3d 1063, 1070 (9th Cir. Cal. 2000).

<sup>730</sup> *Chevron*, 536 U.S. at 83.

<sup>731</sup> *Id.*

## (8) 相互プロセス (Interactive Process)

相互プロセスは、ADA 規則に規定されている適切な合理的配慮を決定するためのプロセスである (29 C.F.R. § 1630.2(o)(3))。相互プロセスで、障害から生じる制限を正確に把握し、そのような制限を克服できる見込みのある合理的配慮を特定しなければならない。

障害を持つ個人から合理的配慮を要求された場合、使用者は適切な配慮を決定するための合理的な努力を行わなければならない (29 C.F.R. Pt. 1630, app., § 1630.9)。障害を持つ個人と使用者の両方が関わる柔軟で相互関与的なプロセスを通じて、適切な合理的配慮が最も良い形で決定されるとしている<sup>732</sup>。

なお、EEOC 指針では、要求があったものに関して使用者は必ず配慮を提供しなければならないわけではなく、障害を持つ労働者からの要求を契機として、適切な配慮を決定するための相互プロセスを開始することが求められているとしている<sup>733</sup>。

また、多くの場合、巡回裁判所は、使用者は相互プロセスに関与する必要があるという見解を示している<sup>734</sup>。相互プロセスにおいて、障害を持つ労働者は、合理的配慮の必要性和障害に関する詳細な情報を使用者に提供すればよく、それを受けた使用者は適切な配慮を決定するための合理的な努力を行うことが求められるとされている<sup>735</sup>。何が必要な配慮かが分からない場合には、使用者は労働者自身や労働者の医師に確認すべきであり、何が必要か分からないからといって、何もしないことは許されない<sup>736</sup>。適切な合理的配慮を見つけるために、使用者と労働者の間で非常に多くのコミュニケーションを取ることを求められる<sup>737</sup>。ただし、配慮を提供するための十分な話し合いと使用者による十分な行動があれば、最終的に使用者が合理的配慮を提供しなかったとしても、相互プロセスを満たしたことになる<sup>738</sup>。

<sup>732</sup> Mengine v. Runyon, 114 F.3d 415, 420 (3d Cir. 1997) (リハ法に基づく裁判)。

<sup>733</sup> See EEOC 指針 “REQUESTING REASONABLE ACCOMMODATION”, *supra* note 333.

<sup>734</sup> John R. Autry, Reasonable Accommodation Under the ADA: Are Employers Required to Participate in the Interactive Process? The Courts Say “Yes” but the Law Says “No”, 79 Chi.-Kent. L. Rev. 665, 677 (2004). 上級裁判所の相互プロセスに関する様々な見解を完全に調和させることは不可能であるが、確かなのはどの巡回裁判所も使用者に適切な配慮を構築する「少なくとも何らかの責任はある」ということに同意していることである。Autry によると裁判所は 3 つの分類に分かれる傾向にある。ほとんどの巡回裁判所は、使用者は相互プロセスに関わる (engage in) 必要があるという分類に属する。2 つの巡回裁判所は、使用者は参加する必要がないと判示した。それとは異なる 2 つの裁判所は、各ケースの事実に基づき相互プロセスの履行責任を評価した。

<sup>735</sup> EEOC v. Convergys Customer Mgmt. Group, 491 F.3d 790, 795 (8th Cir. 2007). 日本語訳参考, 差別禁止法制度 第 1 分冊・前掲注 277, 283 頁。

<sup>736</sup> Bultemeyer v. Fort Wayne Community Schools, 100 F.3d 1281, 1286 (7th Cir. 1996).

<sup>737</sup> *Id.* at 1285.

<sup>738</sup> Tobin v. Liberty Mut. Ins. Co., 433 F.3d 100, 109 (1<sup>st</sup> Cir. 2005). 販売成績の不振を理由に解雇された双極性障害を有する原告は被告が相互プロセスへの参加を怠ったことを主張したが、被告は、原告の障害によって生じる困難について十分な話し合い、及び、十分な行動を行っており、例えば、看護師を雇用したり、コンピュータートレーニングを提供したり、販売効率向上のためのプラン作成やスキル形成

障害によって生じている制限と、それを克服できる可能性のある合理的配慮を正確に特定するための誠実な努力を行う義務が使用者にはあり、そうした努力なしに使用者が合理的に労働者を配慮しなかったことは差別に該当する<sup>739</sup>。

しかし一方で、法律上、相互プロセスへの関与が双方に義務づけられているわけではないので、使用者が相互プロセスには関与しなかったけれども、合理的配慮は提供した場合、使用者が相互プロセスに関与しなかったことは、個別の訴因とはならない<sup>740</sup>。また、ADA 第 1 編の定義に該当する障害を有していない、あるいは、適格性を有していない労働者に対して、使用者は合理的配慮を提供する義務を負わないので、この場合も、使用者が相互プロセスに関与しなかったことだけでは訴訟理由として成立しない<sup>741</sup>。訴訟を提起する場合、使用者が相互プロセスへ関与しなかった、あるいは、相互プロセスの崩壊をもたらしたことを労働者側が証明するだけでは不十分であり、不適切な相互プロセスの結果、使用者が取るべき具体的な措置を決定するという役割を果たさなかったことを証明しなければならないとされる<sup>742</sup>。

使用者が相互プロセスへの関与を怠ったことを示すために、第 3 巡回裁判所は、*Taylor v. Phoenixville*<sup>743</sup>で、①使用者が労働者の障害に関して知っていたこと、②労働者は自身の障害に対して配慮または支援を要求したこと、③配慮を探す際に使用者は労働者を支援する誠実な努力を行わなかったこと、④労働者は、使用者の誠実さの欠如がなければ、合理的に配慮されることが可能であったこと、の 4 点を労働者が証明する必要があるとした<sup>744</sup>。本件では、労働者の休職中に、当該労働者の息子が、使用者側に母親の病状とその治療について説明し、復帰後に配慮が必要なことを伝えていた<sup>745</sup>。したがって、使用者が労働者の障害及び配慮希望を認識している場合、使用者が必要と考える詳細な情報を要求する責任は、使用者側にあるとされている<sup>746</sup>。また、当該労働者の息子は特定の配慮を要求しているのではなく、当該労働者も要求したのは異動だけで、その要求は実現可能なものでなかったとしても、使用者は、適切な配慮を特定することを支援する何ら誠実な努力を示さなかったことが証明されて

---

を支援するミーティングを複数回持つなど、複数の配慮を提供していたため、相互プロセスに関する主張については、被告に有利なサマリー・ジャッジメントを下した地裁判決を認めた。ただし、原告が要求した 2 つの配慮のうち、ディスカウントプログラム (MM accounts) への割当については、MM accounts への割当が職務の性質を本質的に変更するものかどうかという審理が可能な事実問題が存在するため、地裁の被告の配慮不提供に関する判断のみ棄却された。

<sup>739</sup> *Bartee v. Michelin N. Am., Inc.*, 374 F.3d 906, 916 (10th Cir. Okla. 2004); *Calero-Cerezo v. United States DOJ*, 355 F.3d 6, 24 (1st Cir. P.R. 2004).

<sup>740</sup> *Bunn v. Khoury Enters.*, 753 F.3d 676, 683 (7th Cir. Ind. 2014).

<sup>741</sup> *John R. Autry*, *supra* note 734, at 668.

<sup>742</sup> *Rehling v. City of Chicago*, 207 F.3d 1009, 1016 (7th Cir. 2000).

<sup>743</sup> 184 F.3d 296 (3<sup>rd</sup> Cir. 1999).

<sup>744</sup> *Id.* at 319-320.

<sup>745</sup> *Id.* at 303.

<sup>746</sup> *Id.* at 315.

おり、相互プロセスが崩壊した責任は使用者側にあるとされた<sup>747</sup>。なお、第3裁判所は、使用者が不誠実に相互プロセスに関与しなければいけないほど、使用者は、労働者が自身の職務の本質的機能を遂行することを可能にする合理的配慮を特定できていないと主張しやすくなるため、使用者が相互プロセスに関与していない証拠があれば、一般的には被告に有利なサマリー・ジャッジメントを下すべきではないとしている<sup>748</sup>。本件は、道理にかなった陪審であれば、使用者は相互プロセスの崩壊に責任があること、及び、本質的職務機能の遂行を可能にする配慮を当該労働者に提供できたであろうことを判示できるとし、第3巡回裁判所は、地裁の下したサマリー・ジャッジメントを破棄し、さらなる審理のために差戻した<sup>749</sup>。

**Cravens v. Blue Cross & Blue Shield**<sup>750</sup>でも、障害を持つ労働者から配置転換を求められ、適切な配慮を探すための支援の要請を受けながら、使用者がそのような支援要請を無視し、可能性のある配慮が存在したにもかかわらず、使用者が情報提供も支援もしなかったため、合理的配慮が提供されず、最終的に労働者が解雇されたことが争われ、少なくとも、使用者が適切な配慮を探す上で、原告と積極的に情報をやり取りする義務を果たさなかったかどうかに関する事実問題が存在するとして、地裁の下したサマリー・ジャッジメントが破棄されている<sup>751</sup>。その他にも、バーテンダーとしてカジノで働いていた労働者が合理的配慮として要求した、パートタイムでの就労と就労時に椅子を使用することについて、要求された配慮は、労働者の本質的職務機能を免除するものであると使用者が判断し、一方的に相互プロセスへの関与も配慮の提供も拒否した **Albert Zieba v. Showboat Marina Casino Partnership**<sup>752</sup>では、どちらの配慮も使用者が提供できる十分な理由があること、そして、その配慮があれば、当該労働者は本質的職務機能の遂行が可能となることから、使用者が **ADA** で求められている労働者への配慮を提供するいかなる十分な努力も示せていないと判断されている<sup>753</sup>。

---

<sup>747</sup> *Id.* at 317.

<sup>748</sup> *Id.* at 318.

<sup>749</sup> *Id.* at 320.

<sup>750</sup> 214 F.3d 1011 (8th Cir. Mo. 2000). 手根管症候群を患ったため、原告の職務の多くを占めるタイピングや打ち込みによるコンピューターへの入力作業ができなくなり、他の職務への配置転換を求めたものの、結果的に解雇された。本件では、原告が人事に被告会社内で職務に就けるよう支援を要請したものの、人事からは人事が手伝わなければならないことはもはやないと伝えられ、原告が異動の可能性のあるポジションとして **telecommunications** のポジションを人事に伝えても、人事は原告の伝言や訪問に対して返答せず、原告が他の人事の職員に代わりのポジションを特定する支援を求めても、最小限の援助しか受けられなかったという証拠が原告から提出され、認められている。

<sup>751</sup> *Id.* at 1021-1022.

<sup>752</sup> 361 F. Supp. 2d 838 (2005).

<sup>753</sup> 労働者は要求した配慮が合理的かどうかに関する実際問題を提起するための十分な証拠を提示したこと、その証拠によると使用者はバーテンダーを休め、労働者の休養や短時間シフトに配慮するために使用できる休養シフトを持っており、カジノバーの限られた範囲で就労時に椅子を使用することを許可できると裁判所は判示した。

しかし一方で、障害を持つ労働者が配置転換を要求したケースで、当該労働者が解雇された時点で空席であったポジションはいずれも当該労働者にとって適格性を満たすポジションではなかったため、可能な合理的配慮が存在することが証明できない場合、相互プロセスに関与しなただけでは、ADA 訴訟における原告の主張を形成することはできない、相互プロセスに参加したか否かにかかわらず、使用者には合理的配慮義務がないと判断されることもある<sup>754</sup>。

相互プロセスが崩壊した場合の責任に関しては、ADA 規則にも EEOC 指針にも示されていないため、裁判所が個々のケースに基づき失敗の原因を特定し、その責任を割り当てることになる<sup>755</sup>。労働者が話し合いに参加しない場合には、障害差別に対する保護を受ける権利を喪失し、労働者がひとつの配慮にこだわった場合にも、相互プロセスが崩壊した責任は労働者にあるとされることもある<sup>756</sup>。

*Beck v. Univ. of Wis. Bd. of Regents*<sup>757</sup>では、相互プロセスへの参加は使用者の義務であるとは判示しなかったものの、誠実さ及び合理的努力の概念を適用し、当事者が誠実に相互プロセスに参加しない、または、一方の当事者が具体的にどのような配慮が必要かを決定できるよう、他方の当事者が助ける合理的努力をしないことが、相互プロセスを阻害する原因となることを示した<sup>758</sup>。一般に、相互プロセスを妨害したり、遅延させたりすること、及び、コミュニケーションを行わないことは不誠実な行為になり得るとしている<sup>759</sup>。その上で、事実関係に基づき、相互プロセスが崩壊した原因は、情報提供を拒んだ原告側にあるとし、欠如している情報が当事者からのみ提供されるものである場合、情報を伏せた当事者は、相互プロセスを妨害したとみなされ得るとした<sup>760</sup>。

本件では、使用者は、原告の変形性関節症に伴う制限に対して、反復的なキーボードの使用を減らすことと調整可能なキーボードの提供を行っており、うつ病に関しては、業務負荷を減らすためのポジションの変更及び休暇取得を認めていた<sup>761</sup>。その上、相互プロセスが中断した原因が、情報提供を拒んだ

<sup>754</sup> *McBride*, 583 F.3d at 99-100; *Marzano v. Universal Studio, Inc.*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 12481.

<sup>755</sup> Amy Renee Brown, *Mental Disabilities Under the ADA: The Role of Employees and Employers in the Interactive Process*, 8 Wash. U. J. L. & Pol'y 341, 354 (2002).

<sup>756</sup> *Whelan v. Teledyne Metalworking Prods.*, 226 F. App'x 141, 146 (3<sup>rd</sup> Cir. 2007). 原告がひとつの配慮にこだわった場合、相互プロセスが崩壊した責任は原告にある。さらに、使用者が誠実に相互プロセスに参加しなかったとしても、可能な合理的配慮がないことを証明すれば、責任は免除されるとされた。

<sup>757</sup> 75 F.3d 1130 (7th Cir. Wis. 1996). 原告は雇用期間中に変形関節症及びうつ病を発症し、使用者がそれらに対して配慮を提供しなかったとして訴えた。

<sup>758</sup> *Id.* at 1136.

<sup>759</sup> *Id.* at 1135 -1136. 欠けている情報が一方の当事者からのみ提供され得るタイプのものである場合、情報提供を怠ったことは、中断の原因となり得るし、情報を伏せたその当事者は、プロセスを妨害したとみなされ得るとされた。

<sup>760</sup> *Id.* at 1136. 原告は、被告から何度も医師からの情報開示を承諾するよういわれていたが、一度も承諾のサインをしなかった。その結果、裁判所は、誠実さ及び合理的努力の概念を当該ケースの事実関係に適用すると、必要な具体的配慮を取り出せなかった責任は原告にあり、被告大学は必要な対応について正確に分からなかったと判断した。

<sup>761</sup> *Id.*

原告にあると考えられるため、使用者に ADA 義務違反を問うことはできないとした<sup>762</sup>。同様に、Ward v. McDonald<sup>763</sup>でも、使用者が適切な配慮を提案するために必要な情報を要求したのに対し、原告が情報を提供しなかったことにより、原告が相互プロセスを放棄したと判示された<sup>764</sup>。

ちなみに、精神障害を有する労働者とのコミュニケーションは困難な場合もあるが、その困難さを使用者が理解し、労働者が適切な配慮を決定できるよう手助けするのが重要であるとされる<sup>765</sup>。実際に精神障害を有する労働者は、自身の制限について完全に理解していないかもしれないし、それを使用者に完全に説明するのは特に困難である<sup>766</sup>。逆に、精神障害を有する労働者は自身の制限を理解しているかもしれないが、使用者にそれを説明する能力がない可能性がある<sup>767</sup>。このように、身体障害と精神障害では根本的に異なるため、特に精神障害を有する労働者にとって、そのような使用者の理解が重要であるとされる。

#### (9) 小括

合理的配慮の提供を受けるためには、第 1 に、労働者が§12102(1)(a)及び(b)の定義に該当する障害を有し、尚かつ、着任または希望するポジションで求められる本質的職務機能を遂行する能力がなければならぬ。2008 年の ADA 改正で、ADA で定義される「障害」は、法律の許す限り広く解釈することが求められている (§12102(4)(A))。適格性については、第一義的には使用者が本質的職務機能を決定する権限を有しているとされ、事業運営上必要なポジションに必要な能力を備えた個人を採用する使用者の裁量権は保護されているといえる。第 2 に、使用者が労働者または応募者の障害または障害によって生じる制限について知っていること、そして、労働者または応募者が適切に合理的配慮の要求を行っている必要がある。

裁判では、障害を持つ個人側が、障害要件、適格性要件及び Request 要件を満たした上で、要求した配慮が合理的であると判断されれば、使用者は配慮義務を怠ったと判示される。ただし、配慮義務の消極的要件として、要求された配慮が使用者の事業運営に過度な負担をもたらす場合には、使用者には当該配慮を提供する義務はない。

---

<sup>762</sup> *Id.* at 1137.

<sup>763</sup> 762 F.3d 24 (D.C. Cir. Aug. 12, 2014) (リハ法に基づく裁判)。

<sup>764</sup> *Id.* at 34-35. 原告の上司は原告と複数回面談を行い、会社も必要な書類について説明をしたが、原告は返答せず、その代わりに退社した。相互プロセスは原告が退社した時に崩壊しており、地裁が被告に有利なサマリージャッジメントを下したことは適切であると認められた。

<sup>765</sup> Amy R. Brown, *supra* note 755, at 367-368.

<sup>766</sup> *Id.* at 367.

<sup>767</sup> *Id.*



合理的配慮は、実質的に障害を有している個人に請求する権利があり、障害が原因で生じる制限を克服するためのものである。そのため、障害を持つ個人が要求しても、障害と関連のない配慮を使用者は提供する必要はない<sup>768</sup>。さらに、適格性要件と合理的配慮には密接な関係があり、たとえば、パートタイム化や勤務スケジュールの変更は、合理的配慮として例示列举されているものの、定められた勤務形態で働くことが本質的職務機能の一部である場合には、それを変更したり免除したりする配慮は合理的でないとされる<sup>769</sup>。

他方、障害を持つ個人からの合理的配慮の要求を契機として、使用者には、合理的配慮を決定するための相互プロセスへを開始することが期待されている。要求された配慮をすべて講じることが使用者に求められているのではなく、適切な合理的配慮を決定するために双方が柔軟に対話をすることが求められている。多くの裁判所は、使用者には、適切な合理的配慮を決定するための合理的な努力をする義務があると考えているが、しかしながら、相互プロセスに関与しなかったことだけを個別の訴因として、使用者の ADA 義務違反を問うことはできない<sup>770</sup>。不適切な相互プロセスの結果、使用者が取るべき具体的な措置を決定するという役割を果たさなかったことを証明しなければならない<sup>771</sup>。

なお、ADA 第 1 編に基づく合理的配慮には、職務の本質的機能を除外すること、新しい職務を作ること、眼鏡や移動補助器具など個人的に必要なものを提供することは含まれないとされている<sup>772</sup>。このような配慮は、法律上明確に合理的配慮から除外されているわけではなく、EEOC 指針や判例から合理的配慮に含まれない、あるいは、合理的でない配慮であることが明らかになったものである。

また、職務の本質的機能を除外することは合理的配慮として要求されていないことから、他の労働者が、障害を持つ労働者の職務の本質的機能の一部を代わりにすることは、ADA 第 1 編では要求されないとされる<sup>773</sup>。Rehrs 判決では、交代シフトでの勤務が本質的職務機能に含まれるという判断がなされ、日中の固定シフトでしか勤務できない労働者には適格性がないという判断がなされたが、同時に、交代シフトを免除するという配慮を提供することにより、他の労働者がより多くの夜勤シフトで働かなければならなくなることについて、そのような他の労働者をより多く働かせることになる配慮は合理的ではないと判断されている<sup>774</sup>。

---

<sup>768</sup> たとえば、始業時刻を遅らせることを配慮として要求されたとしても、これが障害とは関係がなく、障害によって所定の始業時間に出勤できない状況が生じているのでなければ、使用者は提供する義務はない。

<sup>769</sup> See *supra* notes 537-546 and accompanying text.

<sup>770</sup> See *supra* notes 740-742 and accompanying text.

<sup>771</sup> See *supra* note 742 and accompanying text.

<sup>772</sup> Job Accommodation Network (JAN), Employers' Practical Guide to Reasonable Accommodation Under the Americans with Disabilities Act, at 17, available at <http://askjan.org/ErGuide/ErGuide.pdf> (last visited 2018/01/26). 日本語訳参考、差別禁止法制度 第 1 分冊・前掲注 277, 261 頁。

<sup>773</sup> *Fjellestad*, 188 F.3d at 950.

<sup>774</sup> See *supra* note 546 and accompanying text.

配慮の合理性を判断する場合、合理的配慮の範疇に入るかどうか、障害を持つ労働者にとって適切かどうか、あるいは、限度を超えたものでないかなど様々な意味が含まれる。配慮が限度を超えているかどうかの判断には、常識的な認識など法律上明示されていない要素が用いられることもある<sup>775</sup>。次節では、合理的配慮の個別的な問題に注目して判例を確認し、合理的配慮の定義が明確でない中で、裁判所がどのように合理的配慮規定を解釈しているのかについて検討する。

## 5. ADA 第 1 編における裁判例の検討—合理的配慮の提供義務をめぐる個別的な事案①

本節では、個別の配慮内容ごとに、判例を確認する。特に、ADA 第 1 編の下で、「合理的」か「合理的でない」かの判断基準が明確に定まっていない種類の配慮に着目する。なお、「空きのあるポジションへの配置転換」については、最も合理性判断に混乱が見られるものの、現在の職務の本質的機能を遂行するための配慮ではない点で、他の種類の配慮と性質が異なり、議論すべき項目が多いため次節で取り上げる。

合理的配慮の中でも、物理的な変更は、一度限りの改修や購入であることが多く、費用負担も定量化でき分かりやすいものの、仕事のやり方を変えることは、負担を定量化しにくく、合理性判断がより難しい<sup>776</sup>。たとえば、就業規則等の職場ルールの適用上、他の労働者とは異なる扱いが必要となる配慮において、裁判ではどのように合理性判断がなされているのか確認する。また、障害を持つ労働者の職務遂行を可能にする配慮のほかに、障害を持つ労働者が障害のない労働者と同等の利益や権利を享受するために必要となる配慮も使用者は提供する義務を負うとされているため、そのような種類の配慮について取り上げる。

その他、障害が原因で生じる直接的な脅威を防ぐための配慮、あるいは、問題行動と捉えられるような行為を防止するための配慮は、使用者の提供義務のある合理的配慮となるのかどうかについても本節で論じ、性質の異なる配慮を個別的に取り上げる。

<sup>775</sup> See *supra* notes 526-530 and accompanying text.

<sup>776</sup> Michael Ashley Stein, *supra* note 417, at 88-89. 合理的配慮は、既存の職場の状況に対する幅広い範囲の個別調整である。以下の 2 つのカテゴリーのうち、一方または両方に該当するものとして、概念化されている。第 1 のカテゴリーは、車椅子を利用する労働者のニーズに配慮するために、段差にスロープを付けるような、施設の変更または提供を求めている。この種類の配慮は、十分に定量化できる「ハードな」費用、つまり、金銭的費用がかかる。例えば、スロープの購入や設置は、一般に一度限りの固定的で分かりやすい費用支出である。第 2 のカテゴリーは、車椅子を利用している店員には、高い棚への陳列をしなくてよいとするような業務のやり方への変更を求めている。この種の配慮は、「ソフトな」費用を持ち込むため、定量化がより難しい。この仮定の下では、車椅子を利用している店員は、他の同僚に高い棚への陳列作業を依頼したり、状況によっては、人事部マネージャーが他の労働者に会い、日常業務の変更について説明したりする必要があるかもしれないし、また、上司は、そのような変更を考慮した業績評価の方法を学習しなければならないであろうとされている。

(1) 合理的か合理的でないかの判断が明確でない配慮

(ア) 通勤支援

合理的配慮の中に含まれるかどうかという点で、通勤支援は、明らかにされていないものである。通勤支援として車など移動手段の提供は、「業務に関連せず個人的に使用するもの」であり、合理的配慮に含まれないとされている<sup>777</sup>。ただし、従業員送迎用のバスを用意するなど、他の労働者に、通勤のための移動手段を提供している場合には、障害を持つ労働者にも同様に、その移動手段を使用できるようにするか、あるいは、その他の通勤支援を合理的配慮として行う必要がある<sup>778</sup>。一方、ADA 制定過程において、議会が通勤支援も合理的配慮として考慮していたことを理由に認める裁判所もある<sup>779</sup>。歩行障害により公共の交通機関を利用できない弁護士にとって、法律事務所や裁判所に行くために車を使用することは職務遂行上必要であり、使用者が配慮として事務所及び裁判所近くの駐車場代を負担することは、合理的であると認められた<sup>780</sup>。他のケースでも、状況によって、使用者に労働者の通勤を支援する義務があり、通勤のための配慮が合理的かどうかに関する決定は、個々の事実関係で考えるべき問題であるとしている<sup>781</sup>。

(イ) 在宅就労について

在宅就労については、基本的に、在宅で本質的職務機能の遂行が可能でない場合には、一部の本質的職務機能を免除することになるため、配慮として合理的ではないとされる<sup>782</sup>。したがって、合理的配慮として在宅就労が認められるためには、在宅就労が可能な職種であるかどうかを個々の事実関係に基づ

---

<sup>777</sup> *Id.* at 70.

<sup>778</sup> See EEOC 指針 "REASONABLE ACCOMMODATION RELATED TO THE BENEFITS AND PRIVILEGES OF EMPLOYMENT", *supra* note 333.

<sup>779</sup> *Lyons v. Legal Aid*, 68 F.3d 1512 (2<sup>nd</sup> Cir. 1995). 原告は法律相談所に勤務する弁護士で、交通事故で負った障害が原因で、公共交通機関を利用できないため、原告は合理的配慮として職場近くの駐車場代と頻繁に通う裁判所近くの駐車場代を支払うように要求した。第一審は、**Personal/Job-related** ルールを用いて、個人的な便益をもたらす配慮を提供する義務はないとされた。しかし、控訴審では、議会が職場に行くための通勤支援も合理的配慮として含まれ得ると考えていたことを引用し、障害を持つ労働者が職場に行くことを可能にする支援について、本質的に合理的でないとする点はないと判示された。

<sup>780</sup> *Id.* at 1516.

<sup>781</sup> *Nixon-Tinkelman v. N.Y. City Dep't of Health & Mental Hygiene*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 91403 (S.D.N.Y. June 26, 2012). 通勤が困難となった原告は、合理的配慮として、勤務地変更、交通手段の提供、在宅就労など複数の提案を行った。勤務地変更は認められなかったものの、その他の通勤のための配慮（所定の就業場所でない場所での就労など）に関しては、一考の余地があるとして、被告の申し立てたサマリー・ジャッジメントは認められなかった。

<sup>782</sup> *Mason v. Avaya Commc'ns*, 357 F.3d 1114, 1124-1125 (7<sup>th</sup> Cir. 2008). 一部でも本質的職務機能の遂行が不可能であれば、在宅就労という配慮は合理的でないとされた。

き判断する必要がある<sup>783</sup>。合理的配慮は、時代の状況や個々の状況によって変化し得るものであり、在宅就労という配慮もその特徴を有している<sup>784</sup>。

**Vande Zande** 判決では、一般的に労働者が在宅で使用者の監督下でない状態で就労することを許可するという配慮を使用者は提供する必要はない、すなわち、在宅就労は、基本的に合理的配慮ではないと判示された<sup>785</sup>。その理由として、多くの仕事は、ある種のチームワーク、人との関わり、監督下にあることなどを必要とし、それらは在宅オフィスの環境には存在しないためであるとしている<sup>786</sup>。そこで、通常の就労よりも効率性や生産性が低下するため、在宅就労という働き方自体が合理的でないとされた<sup>787</sup>。**Smith v. Ameritech**<sup>788</sup>でも、生産性が必然的に低下する場合、在宅就労を認める必要はないとされ、原告は、パフォーマンスの質を相当に低下させることなく在宅で仕事ができるという例外的なケースであることを証明できていないと判示された<sup>789</sup>。

同様に、基本的には職場に来なければ、職務遂行ができないと考え、配慮として在宅就労は合理的でないと判断されるケースがある。**Rauen v. United States Tobacco Mfg.**<sup>790</sup>で、原告は、会社が提案した1週間に1度だけ出勤するという選択肢も拒み、基本的には出勤するタイミングも自分で決定するような全面的な在宅就労を要求した<sup>791</sup>。しかし、原告の職務で、協力会社社員の作業を確認したり、質問を受けたり、問題に対応することは重要な機能であり、職場に出勤しないで、これらすべての職務機能を遂行することは困難であるとされた<sup>792</sup>。第6巡回裁判所は、在宅ですべての本質的職務機能を遂行できるという極めて例外的なケースを除き、基本的には職場に来なければ、本質的職務機能を遂行できないと判断した<sup>793</sup>。

---

<sup>783</sup> Nicole B. Porter (2013), *supra* note 390, at 549-550.

<sup>784</sup> *Reed*, 244 F.3d at 259; *Rawdin v. Am. Bd. of Pediatrics*, 985 F. Supp. 2d 636, 654 (E.D. Pa. 2013)(リハ法に基づく裁判); *Garcia-Ayala v. Lederle Parenterals, Inc.*, 212 F.3d 638, 647 (1st Cir. P.R. 2000). 裁判所は、要求された配慮が合理的かどうかを決定するために、個々の事実に焦点を当てて、個々のケースの状況を個別に審査する必要があるとしている。

<sup>785</sup> *Vande Zande*, 44 F.3d at 543.

<sup>786</sup> *Id.* at 544-545.

<sup>787</sup> *Id.*

<sup>788</sup> 129 F.3d 857 (6th Cir. Ohio 1997).

<sup>789</sup> *Id.* at 867.

<sup>790</sup> 319 F.3d 891, 897 (7th Cir. Ill. 2003).

<sup>791</sup> *Id.* at 896. 原告は、ソフトウェアのエンジニアとして働いており、適格性に関しては争いがない。

直腸癌患者で手術を複数回受け、その上放射線治療と化学治療のために仕事ができないため、短期間の障害休暇を取得した。休暇から復帰した後、フルタイムで仕事を続けていたが、乳癌も患ったため、さらに治療が必要になり、再度休職した。復帰する際に、彼女は腸の一部を切除していることから、非常に多くの水分摂取をしなければならず、そのため一日14回もトイレに行くことになった。またオストミーを装着していたため、それを頻繁に空にしなければならなかった。そうした状況から、彼女は在宅で働くことが望ましいという要求を行い、彼女の医師もそのような内容の書面を送った。

<sup>792</sup> *Id.* at 896-897.

<sup>793</sup> *Id.* at 897.

その一方で、個々の場合に応じて、在宅で障害を持つ労働者の本質的職務機能を遂行することが可能かどうかを検討し、在宅就労を合理的配慮として検討すべきとされることもある<sup>794</sup>。さらに、本質的職務機能を遂行することを可能にするために、合理的配慮として在宅就労を考慮すべきとする判断もある<sup>795</sup>。

在宅就労を配慮として認めるかどうかは、合理的配慮の中でもかなり混乱した状態にある<sup>796</sup>。在宅就労のように監督下でない環境で働くこと自体が合理的ではない、あるいは、すべての本質的職務機能が在宅で遂行できる非常に稀なケースのみ合理的とする否定的な見解と、在宅就労を合理的配慮のひとつの可能性として認め、個々の状況に応じて実現可能かどうかを判断する見解に分かれている<sup>797</sup>。

## (2) 職場のルールと配慮の関係

本項では、出勤に関わる職場のルールが配慮の合理性判断に与える影響について確認する。ADA 第1編では、障害のない労働者と障害を持つ労働者を区別なく扱っている職場のルールの下で、合理的配慮として障害を持つ労働者に異なる取扱いをするべきかどうか問われてきた。合理性判断の中で、以下の3点が問われてきたといえる。①障害が原因で欠勤の多い労働者に対して、職場で一律に適用しているルールに基づき、処分を決定しても、障害を理由に差別した、もしくは、合理的配慮義務を怠ったことにはならないのかどうか。もしくは、②障害により生じている制限に対して合理的配慮を行う必要性を考慮に入れたルールにした上で、当該ルールを適用するべきなのか。また、③合理的配慮として、当該ルール自体を適用しないという「例外」を認めるのか。その他、出勤以外に、就業規則などの職場のルールが配慮の合理性判断に関係した判例については、次項以降で確認する<sup>798</sup>。

---

<sup>794</sup> *Langon v. HHS*, 959 F.2d 1053, 1060 (D.C. Cir. 1992)(リハ法に基づく判断)。原告の職務では、職場に出勤していることが求められる証拠を被告は提示できておらず、在宅就労を合理的配慮として提供した上で、原告が本質的職務機能を遂行できるかどうかを検討されるべきであるとして、合理的配慮の不提供に関する原告の主張については、審理が差戻された。

<sup>795</sup> *Humphrey*, 239 F.3d at 1137-1138。原告は、強迫神経症 (obsessive compulsive disorder) を患っていたために、出勤時間を自由にするという配慮があっても、出勤することが困難であることを理由に、本質的職務機能の遂行ができないと判断された。しかし、在宅就労を認めるという合理的配慮をすることで、本質的職務の遂行が可能となると判示された。

<sup>796</sup> *Nicole B. Porter* (2013), *supra* note 390, at 549-551.

<sup>797</sup> See *supra* notes 785-814 and accompanying text.

<sup>798</sup> 休職に関する制度については、本節「(4) 会社の休職 (休暇) 制度や FMLA に基づく休職と配慮の関係」で扱う。また、配置転換に関する合理的配慮は、次節で扱うため、配置転換と職場ルールとの関係は、次節「(2) 中立的な職場ルールと対立する場合に合理的配慮の優先を認めるかどうか」で扱う。

#### (ア) 出勤・欠勤に関する職場のルール

使用者が遅刻や欠勤に関する職場のルールを一律に労働者に適用している場合、当該ルールに基づき障害を持つ労働者の処分を決定することは、ADA 違反にならないとされるケースがある<sup>799</sup>。その一方で、一律に適用されているルールであっても、障害を理由とする遅刻や欠勤も同様に扱い、障害に対する例外を設けなかったことは、合理的配慮の不提供に該当すると判断されるケースがある。ここでは後者のケースを紹介する。

**EEOC v. Convergys Customer Mgmt. Group** では、オペレーターに対して確固たる遅刻規則を一律に適用し、出勤時及び昼食休憩後に 3 分以上の遅刻を年間 14 回以上した場合、警告から解雇までの罰則が設けられており、車椅子を使用している原告は、遅刻を理由に解雇された<sup>800</sup>。原告は、休憩時間を 15 分間延長すること等を求めていた。被告は、休憩時間の延長を認めなかった理由について、「時間を守ることは本質的職務機能に該当すると主張したが、裁判所は、車椅子を利用した原告にとって不利に働く環境が存在していたことを認め<sup>801</sup>、休憩を 15 分間延長しても「時間を守ることを重視することは可能であると判断した<sup>802</sup>。

また、通信大手 **Verizon** が一律に適用していた確固たる出勤方針<sup>803</sup>が問題となり、最終的には **EEOC** の主張が認められる形で 2011 年に **EEOC** と **Verizon** の調停が成立した<sup>804</sup>。**EEOC** は、障害が原因で欠勤をした個人のために、出勤方針に例外を設けるなど、障害を持つ個人に対する合理的配慮の提供を拒否し、**Verizon** は、そのような配慮を必要とする人々を処分または解雇したと主張し、この主張が認められた。これを受けて、同意判決では、**Verizon** が出勤方針を変更し、障害を持つ労働者への配慮として、障害を理由とする有給または無給休暇を考慮に入れる必要性が明記された<sup>805</sup>。**EEOC** 議長の **Jacqueline A. Berrien** は、「出勤方針の柔軟性は障害を持つ労働者が雇用や生産活動を継続できるようにする。すなわち、労働者、使用者、そして経済にとっても有益である。反対に、柔軟性のない出勤方

<sup>799</sup> *Yellow Freight*, 253 F.3d at 946 過度の欠勤を重ねる労働者に対して 5 段階の処分手続①指導、②書面による通知、③警告書、④停職、⑤解雇が定められており、1992 年以降この手続きに沿って 90 人以上が解雇されていた。

<sup>800</sup> *Convergys*, 491 F.3d at 793.

<sup>801</sup> *Id.* at 793-794. 身体障害者用駐車スペースが 2 つしかなく、常に使用されていたため、空きを待つほか、他の駐車スペースを探すかしなければならないこと、オペレーター席が固定でないため何百ものブースに空きを見つけるのに時間がかかることなど。オペレーター席の専有使用は前の上司からは認められていたが、上司が変わってから専有使用は認められなくなった。

<sup>802</sup> *Id.* at 796-797.

<sup>803</sup> 仮に従業員が指定された日数まで「Chargeable Absences（責めを負うべき欠勤）」を重ねた場合、従業員は所定の処分を受け、最終的には解雇を含む重大な処分を受けることもあったとされていた。

<sup>804</sup> *EEOC v. Verizon Del. LLC, D. Md., No. 1:11-cv-01832, settlement agreement filed 7/6/11.*

<sup>805</sup> *Id.* 金銭的救済の 2000 万ドルに加えて、3 年判決には、特定の欠勤を認めることを含む、障害を持つ個人への合理的配慮を含めるための、出勤計画、方針、ADA 方針を改訂することが命じられた。

針は、障害を持つ労働者の合理的配慮を否定することにもなり、荒廃的な影響をもたらす」としている<sup>806</sup>。EEOCによると、本同意判決により、障害を持つ労働者に対する合理的配慮として有給、無給の休暇を提供する必要性を考慮に入れて、使用者は出勤方針を設ける必要があることが示されたとしている<sup>807</sup>。

その他、*Holly v. Clairson Indus., L.L.C.*でも、確固たる遅刻方針について、合理的配慮の目的は、使用者が障害を持つ労働者の状況によって取扱いを変えることであり、障害のない労働者と全く同じように障害を持つ労働者を扱うことは、使用者の合理的配慮の責任を果たしていることにはならないとされている<sup>808</sup>。また、障害のない労働者も時間厳守の方針に従わせていることは、障害を持つ労働者に配慮をしたかどうかの問題とは関係がないとされ、使用者側に有利なサマリー・ジャッジメントを下した地裁判決が破棄されている<sup>809</sup>。

#### (イ) 在宅就労と職場のルール

*Humphrey v. Mem'l Hosps. Ass'n* では、原告は、遅刻や欠勤を続けたため警告を受け、合理的配慮について上司と話し合い、就業開始時間を柔軟に決定できるという配慮を受け入れた<sup>810</sup>。しかし、状況は改善されなかったため、解雇された<sup>811</sup>。職場のルールで、過去に遅刻や欠勤によって警告を受けている人には、在宅就労を認めないという規則が存在したため、原告には、在宅勤務が認められなかった<sup>812</sup>。しかし、裁判所は、原告と同じ職種の人に在宅就労をしている人がいること、また、物理的に出勤していることは本質的職務機能ではないとし、原告は、出勤するというストレスを取り除ければ、本質的機能を遂行できる、すなわち、ADA 第 1 編の下で「適格性」を有すると結論づけられるとした<sup>813</sup>。また、本来であれば配慮されるべきであった障害が原因で、原告が処分を受けたことを理由に、被告が合理的配慮の提供を拒否することを認めるというのは、ADA の趣旨と合致しないと判示された<sup>814</sup>。

---

<sup>806</sup> EEOC, Press Release 7-6-11" Verizon to Pay \$20 Million to Settle Nationwide EEOC Disability Suit", available at <http://www.eeoc.gov/eeoc/newsroom/release/7-6-11a.cfm> (last visited 2017/12/21).

<sup>807</sup> *Id.*

<sup>808</sup> *Holly*, 492 F.3d at 1262-1263. 「合理的配慮規定の目的はまさに状況によって使用者が障害を持つ個人の取扱いを変えることである。中立的な方針を一律的に適用することを許可して、ADA の合理的配慮義務より優先させることは、全くもって ADA の要件を骨抜きにしている」とされた。

<sup>809</sup> *Id.* at 1263-1264.

<sup>810</sup> *Humphrey*, 239 F.3d at 1130-1131.

<sup>811</sup> *Id.* at 1133.

<sup>812</sup> *Id.* at 1132.

<sup>813</sup> *Id.* at 1137.

<sup>814</sup> *Id.*

### (3) 合理的配慮としての休職（休暇）

法律上の合理的配慮規定では、休暇や休職は例示されていないものの、EEOCも裁判所も、配慮の一種として認めている<sup>815</sup>。休職を合理的配慮として捉えていることから、合理的配慮は、本質的職務機能の遂行を即座に可能にするものだけを対象とするような、狭く限定的な解釈は実用的でなく、現在または近い将来において、本質的職務機能の遂行を可能にするものも含まれると考えられている<sup>816</sup>。

ただし、障害を理由とするものであっても、制限なく休暇を認めるような配慮は合理的ではないとされる<sup>817</sup>。労働者が、復職可能な時期を示さず、無期限にそのポジションを空けて置くように要求する場合<sup>818</sup>、「常軌を逸した」あるいは「説明のない」欠勤を続ける場合、配慮として休暇を与える必要はない、そのような配慮は合理的な範囲を超えているとされる<sup>819</sup>。また、労働者の健康状態が治るまで無期限に待つことは、合理的な配慮ではないとされる<sup>820</sup>。

休職に関する特定の方針がない場合、合理的配慮としての休職期間の上限を予想するのは難しく、要求された配慮の合理性は、各使用者の規模、組織、環境によって変わり得る<sup>821</sup>。たとえば、*Walsh v. United Parcel Service*<sup>822</sup>や *Powers v. Polygram Holding, Inc.*<sup>823</sup>では、裁判所は1年を超える休職は、合理的ではないとしているが、しかしながら、1年未満でも、合理的ではないとする判決もある<sup>824</sup>。同様に、休職の延長がどの程度であれば認められるかについても、合理的な範囲が定められていない<sup>825</sup>。

<sup>815</sup> See EEOC 指針 “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE – Leave”, *supra* note 333; *Cehrs v. N.E. Ohio Alzheimer's Research Ctr.*, 155 F.3d 775, 782-83 (6th Cir. 1998); *IBM*, 145 F.3d at 443-44.

<sup>816</sup> Stephen F. Befort, The most Difficult ADA Reasonable Accommodation Issues: Reassignment and Leave of Absence, 37 Wake Forest L. Rev. 439, 445 (2002). 休暇は、休息またはリハビリを通して、障害を持つ労働者が生産的な仕事に戻ることを可能にするものである。障害休暇の取得は一時的に本質的職務機能が遂行できないことを意味しているものの、再び職務に復帰できるよう配慮として休暇を提供することは、使用者に求められている。

<sup>817</sup> *Yellow Freight*, 253 F.3d at 950; *Boykin v. ATC/VANCOM of Colo., L.P.*, 247 F.3d 1061 (10th Cir. Colo. 2001).

<sup>818</sup> *Reed v. Petroleum Helicopters, Inc.*, 218 F.3d 477, 481 (5th Cir. 2000). 9か月の会社規定の休暇と12週間のFMLA休暇を取得した後もなお、本質的職務機能の遂行ができない原告を雇用しておく義務はないとされた。

<sup>819</sup> *Waggoner*, 169 F.3d at 484-85.

<sup>820</sup> *Gantt v. Wilson Sporting Goods Co.*, 143 F.3d 1042, 1047 (6th Cir. Tenn. 1998).

<sup>821</sup> Stephen F. Befort (2002), *supra* note 816, at 462.

<sup>822</sup> 201 F.3d 718, 727 (6th Cir. 2000).

<sup>823</sup> 40 F. Supp. 2d 195, 200 (S.D.N.Y. 1999).

<sup>824</sup> *Stubbs*, 950 F. Supp. at 895-896.

<sup>825</sup> *Walsh v. UPS*, 201 F.3d at 727; *Taylor v. Pepsi-Cola Co.*, 196 F.3d 1106, 1110 (10th Cir. 1999). *Walsh* 判決では、1年を超える休暇は合理的とはいえないとされ、*Taylor* 判決では、1年の休暇に加えて、10か月の休暇の延長は合理的ではないとされた。なお、*Duckett v. Dunlop Tire Corp.*, 120 F.3d 1222, 1225-1226 (11th Cir. 1997)では、10か月の休暇に加えて、2か月の休暇の延長は合理的でないとされている。



#### (4) 会社の休職（休暇）制度や FMLA に基づく休職と配慮の関係

会社の就業規則等で定められている休職制度のほかに、アメリカでは FMLA（Family and Medical Leave Act, 29 U.S.C.S. § 2601）の下で、労働者の権利として健康状態を理由とする休職（休暇）が認められている<sup>826</sup>。

障害を理由として休職する場合、労働者は、ADA 第 1 編の合理的配慮として要求するか、もしくは、労働者自身が深刻な健康状態にある時のために FMLA によって認められている休職を利用することも可能である（§ 2612(a)(1)(D)<sup>827</sup>）。FMLA における深刻な健康状態とは、「(A) 病院、ホスピス、居住型医療ケア施設における入院治療、(B) 医療従事者による継続的な治療を必要とする病気、怪我、障害、または身体的あるいは精神的状態」と定義されている（§ 2611(11)）。そのため、ADA の対象となる障害を持つ労働者も FMLA に基づき休職することがある。FMLA では 12 か月の間に、最大で 12 週間、休職（無給）できる（§ 2612(a)(1)<sup>828</sup>）。

FMLA と ADA の適用を考える際に、使用者は現在の状況において労働者に最大の保護を与える法律に基づき休職を認める必要がある<sup>829</sup>。障害を持つ労働者が健康状態の悪化を理由に休職する場合、FMLA で認められている権利としての休職、もしくは、ADA の合理的配慮としての休職を要求する。FMLA の適用対象となる使用者<sup>830</sup>は、深刻な健康状態にある労働者が FMLA に基づき休職を請求する場合、ADA のように事業運営上の過度な負担となるかどうかを考慮に入れることは認められず、最大 12 週間の休職を認めなければならない<sup>831</sup>。FMLA の下での「深刻な健康状態」が、必ずしも ADA の「障害」に該当するとは限らないため、ADA の対象とならない個人が休職する場合、FMLA で認められている 12 週間が上限となる<sup>832</sup>。他方、ADA の対象となる個人は、12 週間以上の合理的な休職が必要となる

---

<sup>826</sup> 業務に起因する怪我や怪我の場合には、各州法で定められている労働者災害補償法（Compensation Act）に基づき認められている休暇や休職にかかる制度が関係する。本項では、労働者災害補償法による休暇については取り上げない。

<sup>827</sup> 以下、FMLA の条文番号は 29 U.S.C.S. を省略して表記する。

<sup>828</sup> (A) 子供の出産、(B) 養子を迎えること、(C) 近親者の介護、(D) 深刻な健康状態があることを理由に FMLA に基づく休暇を取得することができる（§ 2612(a)(1)）。

<sup>829</sup> 29 C.F.R. § 825.702(a)(2014)。

<sup>830</sup> ADA が 15 人以上の従業員を雇用する使用者を対象にしているのに対し、FMLA では、民間の事業者の場合、1 年に 20 週以上働く従業員を 50 人以上の雇用している使用者が対象となる。ちなみに、公共団体、地方公共団体、連邦政府機関等、また、小中学校は公立、私立ともに、従業員数にかかわらず FMLA の適用対象となる（§ 2611(4)）。

<sup>831</sup> S. Elizabeth Wilborn Malloy, *The Interaction of the ADA, The FMLA, and Workers' Compensation: Why can't be Friends?*, 41 Brandeis L.J. 821, 832 (2003). FMLA には 12 週間という制限が設定されている一方で、ADA には過度な負担という制限がある。

<sup>832</sup> *Id.* at 840. ADA の障害の定義と FMLA の深刻な健康状態は定義が異なるため、対象範囲に差がある。

場合、ADA に基づく合理的配慮として、FMLA で認められている以上の休職を要求することができる<sup>833</sup>。

FMLA が認める断続的な休暇あるいは短時間勤務を取得するためには、その間も当該労働者は本質的職務機能を遂行できなければならない<sup>834</sup>。もし、労働者が深刻な身体的または精神的健康状態を理由に当該ポジションの本質的機能を遂行できなくなったとしても、FMLA では他のポジションで復職するような権利はない（29 C.F.R. § 825.214(b)）。そのような場合、他のポジションへの配置転換に関しては、ADA に基づく合理的配慮として、労働者は要求しなければならない。

FMLA で認められる以上の長い期間、休職した場合に、さらに ADA に基づく合理的配慮として休職期間が延長されるかどうかについては、個々のケースに応じて異なる。FMLA で認められている期間を過ぎた時点で適格性がないとして労働者の解雇が認められるケースもある<sup>835</sup>。これは、使用者が休職や休暇に関する方針や制度を職場で設けている場合にも同じことが問われる。

使用者の方針で、12 週間を超える休職が認められており、休職期間を超えた時点で復職できない労働者を解雇できると定められている場合、その方針にしたがって行った決定は、ADA 違反とはならないこともある<sup>836</sup>。障害のない個人と障害を持つ個人のどちらにも適用される方針で所定の休職期間を超える場合には雇用終了という規定が存在するのであれば、その期間を超えた時点で解雇できるという判断もある<sup>837</sup>。延長に関しても、すでに十分な休職を認めている場合、当該労働者に復帰の見込みがないのであれば、さらに延長するのは合理的ではないと判断されることもある<sup>838</sup>。

一方で、*Garcia-Ayala v. Lederle Parenterals, Inc.*<sup>839</sup>では、制度で認められている休職期間が満了した時点で復職できない場合でも、復職の見込みがある場合、無給で休職を継続させることが使用者にとって過度の負担であることを証明できなければ、延長が認められるとされた<sup>840</sup>。本件では、ADA 第 1

---

<sup>833</sup> FMLA と異なり、ADA の合理的配慮には過度の負担という制限はあるものの、取得できる休暇の期限が定められているわけではない（29 C.F.R. § 825.702(b)(2014)）。

<sup>834</sup> *Reynolds v. Phillips & Temro Indus.*, 195 F.3d 411, 414 (8th Cir. Minn. 1999).

<sup>835</sup> See *Richardson*, *supra* note 559-563 and accompanying text.

<sup>836</sup> *Gantt*, 143 F.3d at 1046.

<sup>837</sup> *Id.*

<sup>838</sup> *Walsh v. UPS*, 201 F.3d at 727.

<sup>839</sup> 212 F.3d 638 (1st Cir. 2000). 原告は乳癌のため手術と抗がん剤治療を複数回受けた。被告会社の障害給付プログラムでは、従業員は、連続 14 週間までは給料継続、その後は、給与の 60% の短期障害給付を受けることができた。当該プランの下では、従業員は 26 週間休むことができ、2 週間働けば、その後またさらに 26 週間同じ障害を理由に休むことができた。原告が被告会社に雇用されている間、原告は、病気休暇に加え、給与継続と短期の障害給付を別々に 14 回利用した。被告は、従業員が短期障害給付プログラムで休職している場合、1 年間は職を確保しておくという方針を有していた。原告は 1 年の留保期間が終了した後、当該方針が適用され、解雇された。

<sup>840</sup> *Id.* at 647.

編に基づく合理的配慮としての休職は、期間の上限が設定されているわけではないので、休職かかる制限は、使用者にとって過度な負担となるかどうかによるとされた<sup>841</sup>。

#### (5) 同等の利益を享受できるための配慮

使用者は、障害を持つ労働者が他の労働者と同じようにその仕事におけるあらゆる「利益と特権」を享受できるようにしなければならない (29 C.F.R. § 1630.2(o)(1)(iii))。

##### (ア) 設備の改修

車椅子を利用する労働者が、他の労働者と同様に、簡易台所のシンクを利用できるようにするためシンクを改修することが合理的配慮として求められるかどうか **Vande Zande** 判決で争われた。本件では、職場の簡易台所にある流し台の高さが、車椅子では利用可能なものではなかったため、合理的配慮として車椅子でも利用可能な高さに変更するよう求めたところ、そのような配慮は提供する必要はないと判断された<sup>842</sup>。

他の労働者が台所のシンクを使えるのに、トイレでコップや弁当箱を洗わせることは、格差と劣等感の烙印を押すことになる原告は主張したのに対し、裁判所は、簡易台所の代わりにトイレの洗面所を使用できるとし、さらに、障害を持つ労働者が合理的な快適さで仕事をするのを可能にするために必要なことを使用者がすれば、合理的配慮義務は満たされるとして、原告の主張を退けた<sup>843</sup>。

ただし、本判決については、このように裁判所がトイレで飲み水を汲んだり、カップを洗ったりするより、台所を使える方が便利というだけでなく、ほとんどの人は台所を使えるのに自分だけが代わりにトイレを使用するという屈辱的な方法でスティグマを押されていることを些細なことで判断したことに対し批判されている<sup>844</sup>。

##### (イ) 手話通訳

手話通訳なく日常の業務を行っている聴覚障害を有する労働者に対して、会議の席で他の出席者と同様の利益を享受するために、手話通訳を付けることが合理的配慮として求められるかどうかについて **EEOC v. UPS Supply Chain Solutions** で争われた<sup>845</sup>。聴覚障害を持つ労働者が、労働者にとって重要な議題も含まれる会議、職業訓練の際に合理的配慮として **ASL** (手話) 通訳者の提供を求めたものの、使用者は、通訳者の提供を拒否し、会議終了後にメモを渡すことで対応していた<sup>846</sup>。これに対し、裁判所

<sup>841</sup> *Id.* at 649. 使用者はさらに数か月休職期間を延長することが財政的に過度な負担となることを証明できていないとされた。

<sup>842</sup> *Vande Zande*, 44 F. 3d at 546.

<sup>843</sup> *Id.*

<sup>844</sup> Cass R. Sunstein, *supra* note 639, at 1908-1909.

<sup>845</sup> *EEOC v. UPS*, 620 F.3d at 1110.

<sup>846</sup> *Id.* at 1111-1112.

は、会議での手話通訳者の提供も合理的配慮のひとつとして認められるべきであり、これまでのメモを渡すなどの方法は配慮として非効率的である判示した<sup>847</sup>。

*EEOC v. Life Techs. Corp.*<sup>848</sup>でも、会議における手話通訳者の提供を合理的配慮として原告が求めたところ、関連する会議は5分～15分程度のシフト開始のミーティングを含めて5つあり、すべてに通訳者を付けると年間50,000ドルの支出となることを理由に、使用者は配慮の提供を拒否した。使用者が契約している事業者は、1時間辺り70ドルかかり、また1回につき最低2時間以上とされおり、さらに交通費として約70ドルを請求されるため、最低でも1回につき210ドル以上の経費がかかること、また、予定された会議とは別に突然の会議に対応することは過度の負担となることを使用者側は主張した<sup>849</sup>。しかし、EEOCはリモートで手話通訳サービスを提供する事業者の利用可能性を示し、その事業者であれば1分あたり3ドルの費用で済み、尚かつ、前もって予定していなくても対応できることから、実現可能な配慮が存在することが示された<sup>850</sup>。裁判所は、もっと以前から配慮の手段について検討すべきであったとして、使用者側が申し立てたサマリー・ジャッジメントを認めなかった<sup>851</sup>。

#### (6) 障害に起因する問題行為 (misconduct) と配慮

大多数の裁判所は、障害を持つ労働者が問題行動を起こした場合は、障害を原因とするものであっても、使用者は法的責任を負うことなく、職場のルールに基づき労働者の処分を決めることができると考える<sup>852</sup>。これに対し、少数派ではあるが、障害と因果関係のある行動に関してはADAの保護の対象となると考える裁判所もある<sup>853</sup>。*Den Hartog v. Wasatch Academy*で、第10巡回裁判所は、通常であれば、障害に関連する行動もADAの保護の対象となるとし、障害と障害を原因とする問題行動との間に厳格な二項対立を設けている他の巡回裁判所の判断に同意できないとしている<sup>854</sup>。精神障害を有する個人の問題となっている行動が合理的配慮によって改善されるならば、使用者には合理的配慮を行う義務があるとされ、障害に起因する問題行動にも配慮する必要性が明示されている<sup>855</sup>。

障害に関連する好ましくない行為を抑えるための配慮を使用者が提供しなければならないのかどうかに関して、法律上もADA規則の中でも明示されていない。合理的配慮は将来の予防的手段として使用

---

<sup>847</sup> *Id.* at 1112-1113.

<sup>848</sup> 2010 U.S. Dist. LEXIS 117563 (D. Md. Nov. 4, 2010).

<sup>849</sup> *Id.* at 21-22.

<sup>850</sup> *Id.* at 22-23.

<sup>851</sup> *Id.* at 24-25.

<sup>852</sup> See *supra* notes 711-719 and accompanying text.

<sup>853</sup> *Gambini*, 486 F.3d at 1094-1095; *Humphrey*, 239 F.3d at 1139-1140.

<sup>854</sup> 129 F.3d at 1088.

<sup>855</sup> *Den Hartog*, 129 F.3d at 1088.

者が用意するものではなく、基本的には障害を持つ労働者が必要な配慮を要求するものである<sup>856</sup>。したがって、労働者の解雇が決定してから労働者が合理的配慮を要求しても、その解雇理由が正当なものであれば、労働者には合理的配慮を受ける権利はないとされる<sup>857</sup>。

また、いかなる配慮を行っても問題となる症状や行動を防止できないであろうと判断される場合には、適格性がないとされる。たとえば、**Boldini v. Postmaster Gen. U.S. postal Serv.**<sup>858</sup>では、精神障害が原因で同僚や顧客と何度も言い争いになった労働者について、あらゆる合理的配慮の可能性やこれまでの配慮の試みを検討した上で、労働者の感情的な爆発を抑制することはできない、さらに、如何なる配慮も、労働者の職務遂行及び社会関係にとって有益もしくは良い影響を与えるものはないことされた結果、適格性を有する個人ではないと判断されている<sup>859</sup>。**Husowitz v. Runyon**<sup>860</sup>では、上司を脅迫したことで停職になり、その後も、同僚を脅して警告を受けた精神障害を有する労働者に対し<sup>861</sup>、使用者が、障害を持つ労働者自身、または、他の労働者にも可能な限りお互いに離れて仕事をすることを許可していたこと、さらに、当該労働者には解雇前に彼の行動や仕事のパフォーマンスを改善する機会を何度も与えたことで、合理的配慮の提供義務を果たしているとされた<sup>862</sup>。その結果、当該労働者には、合理的配慮を考慮しても適格性がないと判断されている<sup>863</sup>。

**Bugg-Barber v. Randstad US, L.P.**<sup>864</sup>では、糖尿病が原因で、派遣社員である原告が派遣先の管理者に対して、乱暴で敵対的かつ反抗的になり、さらに脅迫したという事件が発生し、この問題行動を理由に解雇された<sup>865</sup>。原告は、必要な時は血糖値を図るために派遣先の産業看護師に診てもらうこと、及び、糖尿病関連の病気による悪影響が出ないよう仕事を休むことが認められていた。また、原告に対して、席で、血糖値を確認したり、インシュリンを打ったり、ブドウ糖錠剤を取ったり、お菓子を食べたりジュースを飲むことを派遣会社（Randstad）側の誰も妨げることはなかった<sup>866</sup>。本件の中心的な問題は、Randstad は原告の行動に配慮する義務があったのか、原告の問題行為に対して、実際に行ったのとは

<sup>856</sup> 本章「4（4）合理的配慮を適切に要求していたこと（Request 要件）」を参照。

<sup>857</sup> **Walsh v. Andersen Consulting LLP**, 2000 U.S. Dist. LEXIS 17971 (N.D. Ill. Dec. 8, 2000).

<sup>858</sup> 928 F. Supp. 125 (D.N.H. 1995)(リハ法に基づく裁判).

<sup>859</sup> *Id.* at 132. 業務外の問題も当該労働者にストレスやプレッシャーを与えていたため、いかなる種類の合理的配慮も労働者の状況を改善できるかどうかは疑わしいとされた。

<sup>860</sup> 942 F. Supp. 822 (E.D.N.Y. 1996)(リハ法に基づく裁判).

<sup>861</sup> *Id.* at 829-830.

<sup>862</sup> *Id.* at 835.

<sup>863</sup> *Id.*

<sup>864</sup> 271 F. Supp. 2d 120 (E.D.N.Y. 1998). 派遣会社の Randstad（被告）に雇用され、原告は派遣社員として Pension Benefit Guarantee Corporation (PBGC) の Customer Service Representative (CSR) として就業していたが、糖尿病が原因で、高血糖時及び低血糖時に現れる症状により深刻な問題を抱えていた。

<sup>865</sup> *Id.* at 125.

<sup>866</sup> *Id.* at 125-126.

違う方法で対応すべき義務があったのかどうかだとされた<sup>867</sup>。その上で、原告が血糖値が正常な時には、合理的配慮なしに本質的職務機能を遂行できるかどうか、反対に、血糖値のバランスが崩れているときにはある種の配慮が必要かどうかは、原告が知っていることで、結論としては、原告が適切な時期に使用者へ合理的配慮を要求するべきであったと判断された<sup>868</sup>。

ADA では過去に発生した問題行動を取り消すような配慮は求めているし、再チャンスを与えるしか配慮として考えられない場合、使用者はそのような配慮を提供する必要はない<sup>869</sup>。学説では、障害に関連する問題行動の可能性を減らすために、職場環境を変えることを合理的配慮として考慮しなければならないとする意見もある<sup>870</sup>。その中で、Timmons は、障害が原因で問題行動を起した後に障害を持つ労働者が配慮を要求することになったとしても、問題行動に過失がほとんどない、すなわち、問題行動の深刻度が低い、問題行動が再発する可能性がほとんどない、という証拠がある場合には、再度チャンスを与えることを検討する必要があるとしている<sup>871</sup>。

障害に起因するとしても、好ましくない行動が職務規律などの職場のルールに違反した場合、ルールに基づき処分することは多くの場合可能とされている。職務規律に障害を理由とする行動であれば例外を設ける必要があるとは考えられていない。この点において、出勤方針に、障害を理由とする欠勤への配慮を求めているのとは、異なる扱いがなされている。また、好ましくない行動を防止するための合理的配慮は、労働者からの要求がなければ、前もって使用者が配慮を行っている必要はない。労働者から合理的配慮の必要について適切に要求されており、配慮により職務遂行が可能になるのであれば、使用者に提供する義務があると考えられる。

## 6. ADA 第 1 編における裁判例の検討—合理的配慮の提供義務をめぐる個別的な事案②「現在のポジションにおける本質的職務機能を遂行できなくなった場合の配慮」

本節では、ADA第1編の下で合理的配慮のひとつに位置づけられている「空きのあるポジションへの配置転換」に焦点を当てて、その合理性判断を判例から確認する。ADA第1編で、空きのあるポジションへの配置転換が合理的配慮として明記されていることは、ADA制定前のリハ法との大きな違いとされている<sup>872</sup>。リハ法の連邦規則で規定される合理的配慮には空きのあるポジションへの配置転換が含まれ

<sup>867</sup> *Id.* at 129-130.

<sup>868</sup> *Id.* at 130-131.

<sup>869</sup> *Siefken*, 65 F.3d at 666-667. 使用者が解雇を決めた後に配慮を要求しても、労働者には配慮を要求する権利がないし、使用者は労働者に配慮として再度チャンスを与える必要はないとされた。

<sup>870</sup> Kelly Cahill Timmons, *supra* note 705, at 294.

<sup>871</sup> *Id.*

<sup>872</sup> Michael Creta, *The Accommodation of Last Resort: The Americans with Disabilities Act and Reassignments*, 55 B.C. L. Rev 1693, 1701 (2014).

ていなかったため、配置転換は、使用者に要求されるものではないが、許容し得るものと位置づけられていた<sup>873</sup>。したがって、リハ法の下での多くの判例では、現在行っている職務で求められる適格性を満たさなくなった労働者に他の職を見つけることを使用者に要求していないと判断され<sup>874</sup>、その一方で、使用者の既存の方針で合理的に利用可能な他の雇用機会を否定することはできないとされていた<sup>875</sup>。

Jeffrey S. Berenholz によれば、リハ法の下では、ポジションに空きがあっても、良い労働者が障害を理由に解雇されていた不公平さから、ADA 第 1 編では、配置転換という合理的配慮を提供するような変更が加えられたとされる<sup>876</sup>。議会は、配置転換が明示的に要求されていないことを理由に、使用者が配置転換を行わないという状況を回避したく、ADA 第 1 編では配置転換を合理的配慮のひとつとして法律上明記したとされている<sup>877</sup>。議会は、ADA 第 1 編では合理的配慮に空きのあるポジションへの配置転換が含まれるとし、障害が原因で労働者が着任している職務の本質的機能をもはや遂行できなくなった場合に、当該労働者が適格性を有する空きのあるポジションへ異動することで、当該労働者が失業することを防ぐと同時に使用者が有能な人材を失うことを防ぐことになっているとしている<sup>878</sup>。

しかしながら、配置転換を合理的配慮に含めた経緯は明らかではなく、立法の段階で十分に配置転換について議論されたとはいえない<sup>879</sup>。そのため、法施行後、配置転換が合理的かどうかについて、司法に判断が委ねられた結果、これまで配置転換を合理的配慮に含めていないリハ法の判例しか蓄積がなかったこと、さらに、適格性のある障害を持つ労働者を空きのあるポジションに配置することは、他の労働者が当該ポジションに就く可能性を奪うことになるという考えが、配置転換という配慮は、障害のない労働者よりも障害を持つ労働者の権利を優先すると捉えられたことから、複雑かつ不明瞭な判断がなされている<sup>880</sup>。

---

<sup>873</sup> Jeffrey S. Berenholz, *The Development of Reassignment to a Vacant Position in the Americans with Disabilities Act*, 15 Hofstra Lab. & Emp. L.J. 635, 639-643 (1998).

<sup>874</sup> *Carter v. Tisch*, 822 F.2d 465, 468 (4th Cir. Md. 1987); *Carty v. Carlin*, 623 F. Supp. 1181, 1188 (D. Md. 1985); *Dancy v. Kline*, 639 F. Supp. 1076, 1081 (N.D. Ill. 1986).

<sup>875</sup> *Sch. Bd. of Nassau County v. Arline*, 480 U.S. at 289 n.19.

<sup>876</sup> Jeffrey S. Berenholz, *supra* note 873, at 636.

<sup>877</sup> *Id.* at 643.

<sup>878</sup> S. Rep. No.101-116, at 29 (1989).

<sup>879</sup> Befort & Donesky, *supra* note 395, at 1058 & n71. 配置転換に関してリハ法の下で明確に線引きされた基準が存在しなかったことから、連邦裁判所は、ADA の下での新たな配慮としてその適用範囲を定義することに苦慮している。しかし、議会はリハ法より明確に ADA において配置転換を合理的配慮に含め、さらに 1992 年のリハ法改正で配置転換を合理的配慮に含めることで、確固たるものにしたとされている。

<sup>880</sup> *Id.* at 1058-1059; Jared Hager, *THE INTERFACE BETWEEN INTELLECTUAL PROPERTY LAW AND ANTITRUST LAW: Note: Bowling for Certainty: Picking Up the Seven-Ten Split by Pinning Down the Reasonableness of Reassignment After Barnett*, 87 Minn. L. Rev. 2063, 2065-2066 (2003). 両者とも、第 7 巡回裁判所と第 10 巡回裁判所の間の判断の違いに注目し、さらには、巡回裁判所だけでなく研究者間でも配置転換の合理性については意見が分かれていることを指摘している。

他の種類の合理的配慮は、現在着任しているポジションでの職務遂行を可能にするためのものであるのに対し、配置転換は、障害によって職務遂行が困難になった労働者に別のポジションを与えるという点で、性質の異なるものである<sup>881</sup>。また、配置転換は、どのポジションに誰を配置するかという使用者の裁量権に関わるものであり、労働協約や先任権制度<sup>882</sup>に基づく他の労働者の有する権利や既存の人事（異動）方針と対立し得るため、合理的配慮の中で最も使用者への負担が大きいとされる<sup>883</sup>。

多くの裁判で、使用者が通常は合法かつ非差別的なルール（*legitimate, non-discriminatory rules*）（以下、「合法かつ非差別的な」制度、方針、規則等については、「中立的なルール」と表現する。）に基づき、誰を空席ポジションに配置するかを決定しているとしても、障害を持つ労働者が合理的配慮として配置転換を要求する場合には、例外的に中立的なルールを適用しないで、障害を持つ労働者に空きのあるポジションを与えることを ADA 第 1 編は求めているのかが問題の争点とされた<sup>884</sup>。たとえば、いずれの場合もポジションに空きが出た場合は、社内で公募することになっており、社内公募に応募した人の中から最も適格な人を採用するという方針がある場合、合理的配慮として障害を持つ労働者に自動的に空きのあるポジションを与えることによって、他の労働者の空席へ応募する機会、もしくは、それがなければ異動できたはずの機会を奪うことになる。そのため、配置転換には、他の労働者の利害関係の調整が必要となることもある。

本節では、合理的配慮としての配置転換が提供されるために満たさなければならない前提条件を確認するとともに、職場に存在する中立的なルールとの間で対立が生じるような配置転換について裁判所がどのように判断しているかを確認する。

#### （1） 配置転換のための前提条件

障害によって現在のポジションでの本質的職務機能の遂行が困難になった場合に、まずは、当該職務を継続するためのあらゆる配慮をする努力が求められ、それでも実現可能な配慮がない時に、最終手段として空きのあるポジションへの配置転換が考えられる<sup>885</sup>。ADA 第 1 編では、採用時と採用後で合理

<sup>881</sup> Stephen F. Befort (2002), *supra* note 816, at 445.

<sup>882</sup> 「一時解雇、その後の復職、配転、昇進、休暇取得などの該当者の人選にあたり、勤続期間の長短を基準に労働者間に序列、優先順位をつけ、これによって事进行处理する制度」（田中英夫『英米法辞典』（第 8 版）（東京大学出版会、1999）765 頁）。先任権制度は、集团的労働協約に基づくものもあれば、使用者が人材管理のために一方的に設けている場合もある。

<sup>883</sup> Alex B. Long, The ADA's Reasonable Accommodation Requirement and "Innocent Third Parties, 68 MO. L. REV. 863, 872 (2003).

<sup>884</sup> Stephen F. Befort (2002), *supra* note 816, at 456. 使用者が設けた職場のルールが障害を持つ個人をはいら落とすための基準ではなく、非差別的かつ確立したものである場合に、「空きのあるポジションへの配置転換」という配慮は、使用者に対して異動や配置にかかる方針に例外を設けることを要求しているのかが問われることになる。

<sup>885</sup> See EEOC 指針 “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE – reassignment”, *supra* note 333.



的配慮規定が分かれているわけではないものの、配置転換（reassignment）という合理的配慮は、応募者が利用できるものではなく、採用時には考慮されない<sup>886</sup>。

（ア）既存のポジションが空席であること（as long as an existing position is vacant）

空きのあるポジションへの配置転換を合理的配慮として要求する場合、文字通り、既存のポジションに空きがあることが前提となる<sup>887</sup>。障害を持つ労働者を配置転換させるために、新たなポジションを設ける必要はないし、既に埋まっているポジションは対象とならず、他の労働者を追い出すことは求められていない<sup>888</sup>。また、現在よりも職位の高いポジションは、配置可能な候補とみなされない<sup>889</sup>。つまり、障害を持つ労働者を昇進させるような配置転換は、合理的配慮として義務づけられていないとされる<sup>890</sup>。さらに、使用者は適格性を有する障害を持つ個人に対し、適当な空席ポジションの中からどれを提供するか選択する権利があるとされる<sup>891</sup>。

ちなみに、ある時点で空席でも、他の労働者が当該ポジションに着任する先任権や合法的契約上の権利を有している場合は、空きがあるとはみなさないとするケースもある<sup>892</sup>。配置転換が先任権制度やその他の中立的な方針と対立する場合については、「（2）中立的な職場ルールと対立する場合に合理的配慮の優先を認めるかどうか」で検討する。

（イ）適格性（qualification）

配置転換は、合理的配慮の中でも最終手段であり、あらゆる配慮を考慮しても障害が原因で現在のポジションで求められる本質的職務機能の遂行がもはやできなくなったことが前提となるため、配置転換を求める時点で、現在着任しているポジションでは適格性を満たさないことになる。そのため、リハ法

<sup>886</sup> S. Rep. No.101-116, at 29 (1989).

<sup>887</sup> Feliciano v. Rhode Island, 160 F.3d 780, 786 (1st Cir. R.I. 1998). 原告が主張する空きのあるポジションの存在に関して、原告は証拠を提示していないとされた。

<sup>888</sup> McBride v. BIC Consumer Prods. Mfg. CO., 583 F.3d 92, 97-98 (2nd Cir. 2009). See also Befort & Donesky, *supra* note 395, at 1060.

<sup>889</sup> White v. York International Corp., 45 F.3d 357, 362 (10th Cir. 1995). 業務外で足首のケガをして、長時間立っていることや重いものを持つことができない原告は、合理的配慮なしには、本質的職務機能を遂行することができないことは両当事者が認識していた。可能な合理的配慮として考えられるのは、他のポジションへの配置転換であったが、いずれも、持ち上げが必要な職務であったり、現在のポジションよりもより職位の高いものであったり、空きのあるポジションではなかったため、原告は適格性を満たさないとされた。

<sup>890</sup> Shiring, 90 F.3d at 832. 配置転換を求める労働者は、先任権で最下位にあるポジションで働いていたため、使用者は、障害に配慮するために、より高いレベルの職位を与える必要はないとされた。See also Malabarba, 149 F.3d at 699; McBride, 583 F.3d at 98-99; Smith v. Midland Brake, Inc., 180 F.3d 1154, 1176-1177 (10th Cir. Kan. 1999) (en banc).

<sup>891</sup> Burns v. Coca-Cola Enters., 222 F.3d 247, 257 (6th Cir. Tenn. 2000).

<sup>892</sup> Dalton v. Subaru-Isuzu Auto., Inc., 141 F.3d 679 (7th Cir. Ind. 1998); Burns, *Id.* at 257.

に基づく判例の影響もあり、ADA 第 1 編の下でも、現在のポジションで適格性を満たさない労働者に対して、使用者は代わりの雇用機会を与える義務を負わないとするケースもあった<sup>893</sup>。

しかしながら、本来は、最終手段として配置転換を要求する場合、現在のポジションでの本質的職務機能の遂行はできなくても、希望する空席ポジションでの本質的職務機能を遂行する能力があれば、ADA 第 1 編の対象となる適格性があると解されている<sup>894</sup>。ADA 第 1 編における「適格性」とは、合理的配慮があれば、あるいは、合理的配慮がなくとも、障害を持つ個人が雇用されている、あるいは、希望するポジションの本質的な機能を遂行する能力があることである (§12111(8))。そのため、適格性判断は、現在着いている職務に限定されず、(配置転換という)合理的配慮があれば、希望する(配置転換先の)ポジションで必要とされる本質的職務機能を遂行できる場合には、労働者は適格性を有していると判断される<sup>895</sup>。

反対に、空きのあるポジションが存在しても、配置転換を要求する労働者が、当該ポジションで求められる本質的職務機能を遂行する能力を有していないと判断された場合は、当該労働者に適格性がないため、使用者は合理的配慮を提供する義務はない<sup>896</sup>。

#### (ウ) その他

*Hedrick v. W. Reserve Care Sys.*<sup>897</sup>では、配置転換先として提示されたポジションを給料が低すぎるという理由で労働者が断った場合、使用者は、当該ポジションを障害を有する労働者に提示したことで、合理的配慮義務を果たしたと判断されている<sup>898</sup>。

---

<sup>893</sup> *Myers v. Hose*, 50 F.3d 278, 284 (4th Cir. Md. 1995). *Smith v. Midland Brake*, 138 F.3d 1304, 1309 (10th Cir. Kan. 1998) (Panel)でも、*Myers* 判決に基づき、現在のポジションでの要求を満たさなくなった労働者に代わりの雇用を与えることを ADA では要求していないと判示されたが、*Smith v. Midland Brake, Inc.*, 180 F.3d 1154 (10th Cir. 1999) (en banc)で判決は覆されている。

<sup>894</sup> *Cravens*, 214 F.3d at 1017; *Midland Brake (en banc)*, *Id.* at 1164-66; *Willis v. Conopco, Inc.*, 108 F.3d 282, 284 (11th Cir. Ga. 1997). ただし、*Willis* 判決では、原告が適格かどうかという点で、(空きのある)代わりのポジションが存在することの証拠を提示できていないことから、地裁の下した被告に有利なサマリー・ジャッジメントが認められている(at 286)。

<sup>895</sup> *Cravens*, *Id.* at 1017-1018. 現行の職務遂行ができない原告が配置転換の権利を主張することはできないとする被告の主張に対し、裁判所は、現行の職務遂行はできないが、社内で配置転換され得る空きのある職務の本質的機能を遂行できる個人は、適格性のある個人の定義に含まれると判示した。

<sup>896</sup> *Malabarba*, 149 F.3d at 695. 原告の障害に配慮するために、被告は 2 つのポジションを提示したものの、原告はどちらのポジションも、求められる職務遂行能力を満たさないと判断されたため、被告(使用者)には原告に配置転換を提供する義務はないとされた。

<sup>897</sup> 355 F.3d 444 (6th Cir. Ohio 2004).

<sup>898</sup> *Id.* at 457-458. 看護師であった原告が転倒して足を骨折し、手術後、元の職務には復帰できないため、異動を求めたが、使用者から提示されたポジションは給料が低いことを理由に断った。しかし、原告が着任していたポジションと同等のポジションに配置転換できなければ、使用者は給料の低い地位に配置転換させることで合理的配慮の提供義務を満たすとされた。

*Burns v. Coca-Cola Enters.*では、配置転換に関して、雇用差別の一応の証明（*prima facie case*）をするためには、適格性を有するポジションへの配置転換を原告が要求したこと、及び、それが否定されたことを示すか、もしくは、その代わりに、原告が適格性を満たし得る職務を特定することについて何らか具体的な支援を要請したのにそれが否定されたことを示さなければならないとされている<sup>899</sup>。つまり、障害を持つ労働者が合理的配慮として配置転換を要求する場合、必ずしも配置転換先のポジションを特定している必要はなく、配置転換先を特定するための支援を求めたのにもかかわらず、何ら支援がなされなかったことを示すだけでも雇用差別の証明として足りるとされた<sup>900</sup>。

## (2) 中立的な職場ルールと対立する場合に合理的配慮の優先を認めるかどうか

中立的なルールに基づき使用者が誰を空席ポジションに配置するかを決定したことで、結果的に合理的配慮を要求した障害を持つ労働者に対して、配置転換がなされない場合、使用者は、合理的配慮義務に違反したのかどうか裁判で争われてきた。これについては、合理的配慮はあくまで機会均等を確保するもので、障害を持つ労働者を優先的に扱うことを求めているとするケースもあれば<sup>901</sup>、合理的配慮は同等に扱う以上のものを求めており、障害を持つ労働者がそのポジションに必要な適格性を有するならば、使用者は配置転換を提供する義務を負うとするケース<sup>902</sup>もある。巡回裁判所によって判断が分かれている<sup>903</sup>。

中立的なルールの中でも、特にアメリカの雇用関係の中で確立しているものとして、先任権制度がある。先任権制度とは、勤務年数に応じて先任権を与え、異動などは勤続年数の長い、優位な先任権を有する者から優先的に行い、解雇などは勤続年数の短い者から自動的に行われる仕組みで、労働協約によって定められるものと、使用者が一方的に課しているものがある<sup>904</sup>。これまでも他の差別禁止法の下で、先任権制度に関わる問題が争われてきたものの、裁判所は、真正な先任権（*bona fide seniority*）に基づく労働者の利益に負の影響を及ぼすことを認めてこなかった<sup>905</sup>。その影響を受けて、ADA 第1編の下でも、労働協約や先任権制度と対立する配慮は合理的とは認められがたい傾向にある。他の使用者によって設けられた中立的ルールとは判例上の取扱いが異なるため、区別して論じることにする。

---

<sup>899</sup> *Burns*, 222 F.3d at 258.

<sup>900</sup> *Id.*

<sup>901</sup> *Schmidt v. Methodist Hosp.*, 89 F.3d 342, 344 (7th Cir. Ind. 1996); *Hedrick*, 355 F.3d at 459.

<sup>902</sup> *Midland Brake*, 180 F.3d at 1164.

<sup>903</sup> *Michael Creta*, *supra* note 872, at 1709.

<sup>904</sup> *See supra* note 882.

<sup>905</sup> *Alex B. Long* (2003), *supra* note 883, at 876-877.

## (ア) 労働協約や先任権制度とこれまでの差別禁止法との関係

ADA 第 1 編の下での判例を確認する前に、これまで他の差別禁止法の下で労働協約や先任権制度がどのような問題を生じさせたのかを確認する。以下では、まず、アメリカの雇用関係における労働協約や先任権制度の役割について記し、次に、これまで、公民権法第 7 編及びリハ法において、労働協約や先任権制度が保護されてきた経緯を示す。ただし、公民権法第 7 編の差別禁止規定と労働協約に基づくルールとの間の対立により生じる争いは、事実上、先任権制度の取扱いをめぐる問題に集約されるため、公民権法第 7 編については先任権制度を中心に論じる<sup>906</sup>。

### ① 労働協約や先任権制度の役割

雇用の安定、より高い賃金、より良い職場環境を求めて労働者側は集団的交渉を行い、使用者の自由に労働者を解雇できる権限を制限し、使用者の決定権を利用した恣意的な取扱いから労働者を保護し、すべての労働者を平等に扱うことを要求する<sup>907</sup>。このような労使間の交渉がまとまり、最終的に合意が成立した結果、労働協約が締結される。

アメリカでは、労働協約に基づき先任権制度を設けているところも多く、先任権制度は、「十分な能力 (sufficient-ability)」という条件の範囲で、主観的な基準よりもむしろ勤続年数による客観的な計算に基づき、職務配置、賃金、昇進を決定するよう使用者に要求している<sup>908</sup>。勤続年数に応じて、長ければ長いほど、労働者により良い雇用上の権利や利益を与える先任権制度は、使用者の裁量権を制限し、使用者の恣意的な取扱いに対するセーフガードとして、解雇自由原則からの乖離を保っているとされる<sup>909</sup>。

### ② 先任権制度と公民権法第 7 編

公民権法第 7 編では、労働協約に基づくか否かにかかわらず、「真正な (bona fide)」先任権制度を保護する規定が明示的に設けられている (§703(h) (42 U.S.C. §2000e-2(h) (1976)) )。当規定により、真正な先任権によって異なる報酬基準または異なる雇用条件を適用することは、第 7 編で禁止される事由に基づく意図的な差別の結果でない限り、違法な雇用慣行に該当しない<sup>910</sup>。

先任権に基づく決定は、最も職歴の浅い人から解雇することになるため、以前は多くの雇用機会から排除されていたマイノリティーが、公民権法第 7 編の成立によってマジョリティーに限定されていた職務に就けたとしても、職務単位で先任権が設定されている場合、最も低い先任権しか与えられないため

<sup>906</sup> 中窪 裕也『アメリカ労働法』(弘文堂、第 2 版 (2010)) 218 頁。先任権制度という言葉も広く解釈されており、勤務の長さに基づき労働者の取扱いを決める以上、先任権制度に該当するとされている。

<sup>907</sup> Matthew A. Shapiro, *supra* note 588, at 9-10.

<sup>908</sup> *Id.* at 14.

<sup>909</sup> *Id.*

<sup>910</sup> 相澤 美智子・前掲注 271, 105 頁。

真っ先に解雇されるという問題が発生した<sup>911</sup>。これに対し、先任権制度に過去の差別的慣行が継続していると認められる場合には、公民権法第7編の下でも、先任権制度の調整を含む救済が認められてきた<sup>912</sup>。しかし、連邦最高裁は、*International Brotherhood of Teamsters v. United States*<sup>913</sup>で、過去の差別を継続させる先任権制度でも、議会は、§703(h)により、黒人労働者に差別的効果があるかどうかにかかわらず、表面的に中立な先任権を保護することを意図していたとして、同法施行前の差別を継続している先任権は、§703(h)に保護される「真正な (bona fide)」先任権ではないとする政府の主張を否定した<sup>914</sup>。先任権制度自体は差別的なものではなくても、法の精神をくんだ適切な制度改革がなされず、そのまま維持されたことによって、過去の差別を温存してしまうという問題が生じた<sup>915</sup>。

### ③ 労働協約とリハ法

ADAが成立する以前のリハ法では、配置転換を合理的配慮として明記していなかったこともあり、配置転換を使用者が提供しなかったとしても、その理由として労働協約の存在があれば、差別の成立を阻却するという判断が一般的になっていた<sup>916</sup>。たとえば、*Bey v. Bolger*<sup>917</sup>では、高血圧で治療が必要な原告にとって、軽作業のポジションであれば職務遂行が可能であったとしても、労働協約で、軽作業のポジションを与えられるには、最低5年の勤続年数が必要で、業務上負傷した場合は年数を問わないと定められていたため、当該要件を満たしていない原告に配置転換は認められなかった<sup>918</sup>。裁判所は、原告を軽作業のポジションに雇用するために、労働協約の規定を変更する必要はないし、そのような行為は結果として、甚大な費用を要し、事業の運営を阻害し得ると判示した<sup>919</sup>。また、*Carter v. Tisch*<sup>920</sup>で

<sup>911</sup> Mark S. Brodin, *The Role of Fault and Motive in Defining Discrimination: The Seniority Question Under Title VII*, 62 N.C. L. REV. 943, 944-945 (1984); Kimberle Williams Crenshaw, *Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law*, 101 Harv. L. Rev. 1331, 1342-44, n52 (1998).

<sup>912</sup> *United States v. Navajo Freight Lines, Inc.*, 525 F.2d 1318, 1324 (9th Cir. Cal. 1975); *United States v. Central Motor Lines*, 338 F. Supp. 532, 556 (W.D. N.C., 1971); *United States v. Jacksonville Terminal Co.*, 451 F.2d 418 (5th Cir. 1971), cert. denied, 406 U.S. 906, 31 L. Ed. 2d 815, 92 S. Ct. 1607 (1972).

<sup>913</sup> 431 U.S. 324 (1977). 人種による職務の分離が廃止されたが、職務単位先の先任権制度は維持されたため、白人労働者しかいなかった職務に黒人労働者が参入しても、古くからそこにいる白人労働者よりも低い先任権しか与えられなかった。このような場合、会社全体を単位とする先任権制度に改める必要があると政府が主張したのに対し、連邦最高裁は、その主張を認めなかった。

<sup>914</sup> *Id.* at 353.

<sup>915</sup> 相澤 美智子・前掲注 271, 104 頁。

<sup>916</sup> *Jasany v. United States Postal Serv.*, 755 F.2d 1244, 1251 (6th Cir. 1985); *Daubert v. United States Postal Serv.*, 733 F.2d 1367, 1368-72 (10th Cir. 1984); *Florence v. Frank*, 774 F. Supp. 1054, 1062 (N.D. Tex. 1991).

<sup>917</sup> 540 F. Supp. 910 (E.D. Pa. 1982).

<sup>918</sup> *Id.* at 927.

<sup>919</sup> *Id.* at 927-928. 原告を軽作業のポジションに雇用するのは、郵便局という事業の性質、労働力の構成、配慮の費用を考慮すると、当プログラムの運営に過度な負担をもたらすとされた。

<sup>920</sup> 822 F.2d 465 (4th Cir. Md. 1987). 本件では、配置転換が合理的配慮に含まれるかどうか争われ、被告は軽作業のポジションに割り当てることによって原告を合理的に配慮する必要があったとする原告の主張に対し、リハ法の下での配置転換に関する判例や EEOC の見解が検討された結果、圧倒的多数

も、喘息を患っていた原告が、常設の軽作業ポジション（permanent light duty position）に応募したところ、原告が雇用された職種では常設の軽作業ポジションがないこと及び原告は労働協約で定められている5年の勤続要件を満たしていないことを理由に拒否された<sup>921</sup>。限られた数しかない軽作業のポジションのひとつを所定の要件を満たしていない原告に割当ててすることは、労働協約に基づく他の労働者の権利を侵害する可能性があるとして、被告には原告に他の職務を提供する義務はないとされた<sup>922</sup>。そして、個別の状況において、配置転換を行う義務が使用者に生じ得るとしても、労働協約が関係する場合、労働協約が差別の効果や意図を有しているということを証明されなければ、そのような義務が労働協約上の規定を覆すことはないとしてされた<sup>923</sup>。

#### （イ）労働協約や先任権制度と ADA の合理的配慮

合理的配慮に空きのあるポジションへの配置転換が含まれると明記されたことによって、公民権法第7編やりハ法のように、労働協約や先任権制度は ADA 第1編の下でも基本的に保護され、変更や修正は求められないのかどうかという問題が表出した。労働協約に基づき他の労働者が有している権利、先任権制度に基づきより優位な先任権を有する者が有している権利と障害を持つ労働者の配置転換を要求する権利との関係が問題となる。

ADA 第1編には、公民権法第7編のように先任権制度を保護する規定が明示的に設けられていない。また、議会は、労働協約の規定は合理的配慮のひとつである配置転換に関するものの決定的なものではないとしており、必要に応じて労働協約は修正されるべきであると考えていた<sup>924</sup>。

しかしながら、議会の意図とは異なり、多くの裁判所は、公民権法第7編に基づく判例に準拠した判断を選択してきた<sup>925</sup>。ADA 第1編では労働協約に基づく他の労働者の契約上の権利に反する行為を使用者に要求していないと示されることも多い<sup>926</sup>。

---

が原告の主張とは反対の見解を示しているとされた（at 469）。

<sup>921</sup> *Id.* at 466.

<sup>922</sup> *Id.* at 467-468.

<sup>923</sup> *Id.* at 469.

<sup>924</sup> H.R. Rep. No. 101-485, pt. 2, at 63 (1990). 議会は、たとえば、労働協約で一定の先任権を有する労働者のために、特定のポストを確保している場合、先任権のない障害を持つ労働者を当該ポストに配置することが合理的配慮となるかどうかを決定する際の要因にはなり得るとしても、労働協約は、当該問題に関する決定的な要素にはならないとしている。

<sup>925</sup> S. Elizabeth Wilborn Malloy (2001), *supra* note 387, at 639-640. 「合理的配慮として要求された配置転換が労働協約と対立する場合、これまでの公民権法第7編において争われた判例法理に基づき配慮を否定する裁判所は、ADA と公民権法第7編の決定的な違いを無視している」と Malloy は指摘している。

<sup>926</sup> *Benson*, 62 F.3d at 1114. 原告の求めた配置転換先のポジションは、労働協約と関係していないし、最終的に被告に有利なサマリー・ジャッジメントは不適切であると判示されているケースではあるが、裁判所は、一般的な見解として、ADA 第1編では、労働協約に基づく他の労働者の契約上の権利に反する行為を被告がとるようなことを ADA 第1編は要求していないとしている。その他、個々のケースの内容が直接的に労働協約を考慮しなければならないものでないのに、一般的に労働協約に基づく他の労働者の権利に反する行為を被告がとるようなことを ADA 第1編は要求していないとしている。

たとえば、**Feliciano v. Rhode Island**<sup>927</sup>において、第1巡回裁判所は、仮に原告が配置転換を適切に要求していたとしても、基本的に原告が指定したポジションは、先任権、交渉団体の会員、現在の職務分類に基づき決定されるため、合理的配慮として自動的に当該ポジションを原告に与えることは被告に求められていないと判示した<sup>928</sup>。第1巡回裁判所は、配置転換義務を制限するものとして、労働協約の規定や他の労働者の権利を侵害する場合を挙げ、労働協約及び部門方針に規定されている選考プロセスに従いポジションを獲得した人の権利を侵害する場合、障害を持つ労働者に対して配置転換を行わなくても、ADA第1編違反とはならないとした<sup>929</sup>。

また、**Milton v. Scrivner, Inc.**<sup>930</sup>では、必要な先任権がない場合、労働協約で別の職種への異動を認めていないことを理由に、合理的配慮として障害を持つ労働者から配置転換を要求されたとしても、既存の先任権制度の下で当該労働者が異動するために必要な先任権がないのであれば、使用者には配置転換を行う義務がないと判断された<sup>931</sup>。

一方、**Eckles v. CONRAIL**<sup>932</sup>では、リハ法の下での合理的配慮では、裁判所が満場一致で、真正な先任権に反する配置転換を、合理的配慮として求める障害を持つ労働者側の主張を退けているものの、ADAでは明示的に空きのあるポジションへの配置転換は合理的配慮のひとつとして示されていることから、公民権法第7編やリハ法の下での解釈をそのまま流用することはできないとされた<sup>933</sup>。しかしながら、本件で、第7巡回裁判所は、ADAの立法経緯を含めて判断した結果として、労働協約で定められた他の労働者の真正なる先任権を犠牲にしてまで、障害を持つ労働者に配慮することを求めていると判

---

働者の権利を侵害する配置転換はADA第1編では要求していないと述べているケースとして、**Cassidy v. Detroit Edison Co.**, 138 F.3d 629, 634 (6th Cir. Mich. 1998); **Pattison v. Meijer, Inc.**, 897 F. Supp. 1002, 1007-1008 (W.D. Mich. 1995)などがある。

<sup>927</sup> 160 F.3d 780 (1st Cir. R.I. 1998).

<sup>928</sup> *Id.* at 787.

<sup>929</sup> *Id.*

<sup>930</sup> 53 F.3d 1118 (10th Cir. 1995). 原告は、配置転換先として特定のポジションを提示しないで、どこかに配置転換が可能であると主張し、それに対し被告は可能な職務を曖昧に示してはいたが、いずれも原告にとっては昇進を伴うポジションであり、さらには、労働協約で必要な先任権がない原告が別の職務へ異動することは禁止されているとされた。

<sup>931</sup> *Id.* at 1125.

<sup>932</sup> 94 F.3d 1041 (7th Cir. Ind. 1996). 原告はてんかんと診断され、発作が生じた場合に転落の危険があることから高所での作業や夜勤シフトをしないよう医師から勧告された。しかし、その時点で原告が就業していた職場では、医師からの制限を満たす環境がなかったため、原告は異動を希望した。被告会社が労働組合と同意した労働協約には、障害を持つ労働者の職務制限に配慮するために、たとえば、より優位な先任権を有する労働者を追い出すなど、障害を持つ労働者がポジションに就くことが許可されるという2-H-1規定が設けられていた。原告にも、当2-H-1規定の下、ある労働者を追い出すことが認めれたが、しかし、数ヵ月後、労働組合はこの同意を破棄し、より優位な先任権を有する労働者が原告のポジションに就くことになったため、原告は追い出された。

<sup>933</sup> *Id.* at 1047-1049.

示した<sup>934</sup>。ただし、第7巡回裁判所は、本判決は個別の先任権に限定されるべきもので、労働協約に基づくすべての規定がADAの合理的配慮義務による制約から免責されるという一般的所見として解釈されるべきではないとしている<sup>935</sup>。

D.C.巡回裁判所は、*Aka v. Washington Hospital Center*<sup>936</sup>で、*Eckels*判決の判断枠組みを否定し、さらには、合理的配慮が非合理的であるのか、過度な負担をもたらすかどうかの検討もせずに、労働協約の存在により、使用者の合理的配慮義務は免責されると判示されてきたこれまでの判例を否定した<sup>937</sup>。労働協約の存在は配慮の合理性を判断する一要素として考慮されるべきではあるが、その存在が決定的なものではないとされ<sup>938</sup>、本件では、原告の要求する配置転換は確かに労働協約と対立するものの、対立は非常に小さく、当該配慮は合理的であるとする原告の主張に関して困難さを示すものはほとんどないとされた<sup>939</sup>。しかしながら、本判決は大法廷（*en banc*）での再審理の申立てが認められ、破棄されている<sup>940</sup>。

最終的に、先任権制度については、2002年に連邦最高裁が、*Barnett v. U.S. Airways*において、労働協約に基づくものに限らず、使用者によって一方的に課されるものであっても、先任権と対立する配慮は一般的に、少なくとも特別な状況がなければ、合理的でないとする判断をしたため<sup>941</sup>、本判決が配置転換と先任権が対立する場合の一般的な方向性を示したものとなっている<sup>942</sup>。本判決は、合理的配慮を争う上での証明責任、及び、障害を持つ個人に例外を認める配慮について、最高裁の見解を提示しており、ADA裁判の重要な判例のひとつであるため、以下で内容を確認する。

#### ① 最高裁判決 *US Airways vs. Barnett*

被告会社（*US Airways*）の先任権制度では、特定のポジションは、その時に着任している人がいたとしても、定期的に開放され、先任権を有する人が応募できるようになっていた。自身のポジションがその対象となっていることを知った障害を持つ労働者が、合理的配慮として当該職務を継続できるように求めたのに対し、使用者は、先任権制度に基づき、より優位な先任権を有する労働者に当該ポジションを与え、障害を持つ労働者の要求を拒否したことが合理的配慮義務違反に相当するかどうか争われた。ADA第1編では、特定のポジションへの割当てを「合理的配慮」として求める障害を持つ労働者の

---

<sup>934</sup> *Id.* at 1052.

<sup>935</sup> *Id.* at 1051-1052.

<sup>936</sup> 116 F.3d 876 (D.C. Cir. 1997). 本件では、合理的配慮の内容を検証しないで労働協約を認めることを否定した。

<sup>937</sup> *Id.* at 895-896.

<sup>938</sup> *Id.* at 896.

<sup>939</sup> *Id.* at 897.

<sup>940</sup> *Aka v. Washington Hosp. Ctr.*, 124 F.3d 1302 (D.C. Cir. 1997).

<sup>941</sup> See *infra* note 959.

<sup>942</sup> Alex B. Long (2003), *supra* note 883, at 884.



利益と、使用者の先任権制度の下では当該ポジションに就くことのできる優位な先任権を持つ労働者の利益との間の対立をどのように解決すべきかが問われた事案である<sup>943</sup>。

a) 事案

業務中に腰を痛め、この障害により原告 **Barnett** はこれまでの業務を遂行できなくなったため、先任権に基づき配置転換を要求し、それが認められてメールルームに異動した<sup>944</sup>。原告がメールルームでの職務に着任してから2年後、原告のポジションが先任権で応募可能なものになり、原告よりもより優位な先任権を有する労働者が先任権を行使しようとしていることが判明した<sup>945</sup>。被告会社 **US Airways** の先任権制度では、その他のポジションも含め、当該ポジションは、先任権ベースで労働者が応募できるよう定期的に開放にされることになっていた<sup>946</sup>。原告は合理的配慮として、その職務を継続できるように当該制度の運用上の例外を認めることを要求したが最終的に拒否されたため、職を失った<sup>947</sup>。そのため、先任権に基づいて特定の地位に着任する権利を有する他の労働者がいる場合であっても、**ADA 第1編**は合理的配慮として障害を持つ個人を当該ポジションに配置することを要求するのかが問題となった<sup>948</sup>。

第一審では、被告が相互プロセスを怠ったとする原告側の主張を除いて、被告側のサマリー・ジャッジメントを認めたため、原告が控訴した<sup>949</sup>。控訴審では、反対に、①先任権制度の存在は過度な負担となるかどうかを分析する際のひとつの要素でしかない、②特定の配置（assignment）が過度の負担となるかどうかを決定するには、事実に重点を置いた事例ごとの分析が求められると判示し、第9巡回裁判所は、地裁の下したサマリー・ジャッジメントを棄却した<sup>950</sup>。

そこで、被告側が上告し、使用者の真正かつ確立された先任権制度の下で他の労働者に着任する権利があるにもかかわらず、合理的配慮として障害を持つ労働者を当該ポジションへ配置転換させることを**ADA 第1編**では使用者に求めているのかどうかを連邦最高裁判所に判断するよう求めた<sup>951</sup>。

<sup>943</sup> *Barnett*, 535 U.S. at 393-394.

<sup>944</sup> *Barnett v. U.S. Air, Inc.*, 228 F.3d 1105, 1108 (9th Cir. Cal. 2000).

<sup>945</sup> *Id.* at 1109.

<sup>946</sup> *Barnett*, 535 U.S. at 394.

<sup>947</sup> *Id.*

<sup>948</sup> 原告はメールルームでの職務を継続することの他に、2つの合理的配慮を選択肢として挙げている。原告が要求したのは、元々原告が働いていた荷物取扱い業務に戻し、重たいものを持ち上げる作業を行えるような装置を提供すること、あるいは、原告の荷物取扱い業務を倉庫での事務作業に限定することである。これに対して被告は、原告は先任権を用いて異動を要求することができることを理由に、要求された合理的配慮に対して回答しなかった（*Barnett*, 228 F.3d at 1116）。

<sup>949</sup> *Id.* at 1109.

<sup>950</sup> *Id.* at 1120.

<sup>951</sup> *Barnett*, 535 U.S. at 396.

## b) 最高裁の判断

まず、連邦最高裁は、要求された配慮が先任権制度の規定と対立すると示すことは、通常、配慮が「合理的」でないと示すことになるとし、それゆえ、それ以上何もなければ、その対立を示すことで、使用者（被告）に有利なサマリー・ジャッジメントが与えられるとした<sup>952</sup>。その一方で、原告は、特定のケースにおいては先任権制度の例外が「合理的」となる特別な状況を証拠として自由に提示することができ、そのような証拠があれば、使用者のサマリー・ジャッジメントの請求を阻止することができるとした<sup>953</sup>。

ただし、かつては障害を持つ労働者に対して優先権を与えるような配慮を ADA では求めていないとした判例があったものの、時には、法の機会均等という基本的目標を達成するための「優先」は必要であるとしている<sup>954</sup>。被告側は、要求された配慮が、先任権制度のように、障害の有無にかかわりのない中立的な職場のルールに反する場合、それは、障害を持つ労働者に、他の労働者は受けられない取扱いを認めることになる。ADA では、障害を持つ労働者に対して「平等」な取扱い ("equal" treatment) を求めているのであって、法は、使用者側に優先的取扱い (preferential treatment) を認めるよう要求していない。つまり、中立的な職場のルールに反する際に、優先権を与えるような要求を認めることを使用者に義務づけていないという主張をしている<sup>955</sup>。

これに対して、裁判所は、この主張は論理的であるが、法の目的である機会均等を達成するには、「優先」も必要であると、法が規定していることを認識していないと指摘し、以下のように述べている。

ADA では、「合理的配慮」という形態で、障害を持つ人々が、障害のない人々が自動的に享受する職場での機会と同じ機会を得るための異なる（時には優先的な）取扱いを要求しており、また、取扱いの差異が使用者の障害とは関係のない中立的なルールに反するという事実だけでは、配慮が法の可能な射程範囲を超えているとすることはできない<sup>956</sup>。そのため、「配慮が『優先権』を与える—障害を持つ労働者には他の労働者が従わなければならないルールを破ることを許可するという意味において—という事実だけでは、自動的に『その配慮は合理的でない』ということを示すことはできない<sup>957</sup>」と判示された。

証明責任については、これまでの下級審で利用されてきた責任分担に沿って、原告には、少なくとも表面的には（つまり、一般的には、もしくは、多くの場合において）、要求した配慮が合理的であると

---

<sup>952</sup> *Id.* at 394.

<sup>953</sup> *Id.*

<sup>954</sup> *Id.* at 397.

<sup>955</sup> *Id.*

<sup>956</sup> *Id.*

<sup>957</sup> *Id.* at 398.

いうことを証明する責任があるとされ、それを原告が証明したならば、次に、被告（使用者）は、特定の状況において過度な負担となることを示す（一般的にはケース特有の）特別な状況を証明しなければならないとされた<sup>958</sup>。

そして、本件で争点となっている先任権制度の規定と対立する合理的配慮について、連邦最高裁は、障害を持つ労働者が要求した配慮が先任権と対立する場合、使用者がその対立を証明したならば、「一般的には」ADAにおいて、その配慮が合理的でないことを示すのに十分であると結論づけた<sup>959</sup>。さらに、労働協約に基づくものではなく、一方的に経営者側から課される先任権制度であっても、先任権制度によってもたらされる恩恵、及び、先任権規定違反から生じる困難等は、労働協約による制度のみに限られるものではないため、労働協約に基づく先任権でなくても合理的配慮よりも勝ると判示された<sup>960</sup>。その一方で、一般的にそのような配慮が合理的でないというだけで、先任権と対立する場合も障害を持つ労働者が特別な状況において配慮が合理的であることを自由に証明することは可能であるとされている<sup>961</sup>。

#### c) Scalia 判事による反対意見

本判決のScalia判事による反対意見は、批判の対象として注目されている<sup>962</sup>。Scalia判事は、障害がなければ、障壁とはならなかったであろう障壁を乗り越えられない場合にのみ、ADAでは職場の障壁を除去するよう要求されているとしている<sup>963</sup>。つまり、職場にある障壁として合理的配慮で除去することが求められるのは、障害によって生じるものに限定するべきで、社会の仕組みによって生じる障壁、たとえば、先任権制度などの確立した制度が障害を持つ動労者により厳しい環境を与えることがあったとしても、障害を持つ労働者にも障害のない労働者にも同等の負荷を与えるものについては、ADAで除去する必要はないとしている<sup>964</sup>。

Scalia判事は、いかなる先任権制度もいつか無効とされ得るという結論は、単に、誤ったADA解釈のひとつの結果であるとしている<sup>965</sup>。誤った解釈とは、ADAでは、あらゆる雇用上のルールや慣習が、障害を持つ人々に対して際立った障壁をもたらすものでなくとも、（裁判所の観点で）障害を持つ労働者

---

<sup>958</sup> *Id.* at 401-402.

<sup>959</sup> *Id.* at 403.

<sup>960</sup> *Id.* at 404-405.

<sup>961</sup> *Id.* at 405.

<sup>962</sup> Nicole B. Porter, *Reasonable Burdens: Resolving the Conflict Between Disabled Employees and Their Coworkers*, 34 FLA. ST. U. L. REV. 313, 323-324 (2007); Mark C. Weber, *supra* note 586, at 1164-1165; Mary Crossley, *Reasonable Accommodation as Part and Parcel of the Antidiscrimination Project*, 35 Rutgers L. J. 861, 950-951 (2004).

<sup>963</sup> *Barnett*, 535 U.S. at 413 (Scalia, J., dissenting).

<sup>964</sup> *Id.* at 414 (Scalia, J., dissenting).

<sup>965</sup> *Id.* at 412 (Scalia, J., dissenting).

が職を維持できる「合理的な」手段である場合、それらを適用しないというものである<sup>966</sup>。Scalia判事の見解では、労働者の障害が低い業績（職務遂行能力）の原因となる場合、障害による業績への影響のない職務への配置転換は、単に障害からのみ生じる障壁（割当てられた職務機能を遂行できないこと）を取り除くという理由から、配慮であるとされている<sup>967</sup>。しかし、Scalia判事は、労働者の障害により当該労働者が従うことが難しい雇用上のルールや慣習を保留することは、ADAが配慮規定で要求しているものから、はるかに乖離しているという自身の考えを示した<sup>968</sup>。

Scalia判事は、空きのあるポジションを与えられる権利は、（「最も適格な人を採用する方針」が職場ルールとして存在するならば、「より適格」である他の候補者がいる場合を含め）、配置することに何ら障壁がない場合に限り、それなりの価値があるとしている<sup>969</sup>。

#### d) Barnett 判決の意義とその後の影響

本判決は、初めて最高裁がADAの合理的配慮と配置転換の概念に対する解釈を表明したもので、合理的配慮の適切な適用範囲を考える上で、さらには、将来のADA法学を確立する上で、一定の指針となる可能性を持っていた<sup>970</sup>。そして、そのような期待に一定程度答えるものであったとされる<sup>971</sup>。

本判決では、証明責任に関し、原告側が要求した配慮が合理的であることを証明したならば、使用者に証明責任が移行し、使用者は配慮が過度な負担となる特別な状況を示さなければならないという2段階手順が有効であることを確定させた<sup>972</sup>。また、先任権制度が労働協約に基づくものであれ、経営陣によって一方的に課されているものであれ、先任権規定に違反しなければならないような配置転換は一般的に合理的ではないとされ、先任権制度と対立する配置転換に関する最高裁の見解が示された<sup>973</sup>。

その一方で、最高裁は、異なる取扱いが中立的なルールに反するというだけで、ただちに法の射程範囲を超えるとはいえないと判示し、ADAでは、法の基本的目標である機会均等を達成するために、時に

<sup>966</sup> *Id.*

<sup>967</sup> *Id.* at 414-415 (Scalia, J., dissenting). そのため、ADA は、そのような配慮を検討せずに使用者が当該労働者を解雇することを禁止しているとされる。

<sup>968</sup> *Id.*

<sup>969</sup> *Id.* at 414 (Scalia, J., dissenting).

<sup>970</sup> Stephen F. Befort (2003), *supra* note 503, at 933-934. 実際に Barnett 判決は合理的配慮の解釈への手がかりを提供したものの、なお、疑問点が残っているとされる。

<sup>971</sup> 長谷川珠子（博士論文）・前掲注 285, 72 頁。本判決により明らかになった点として「①通常は先任権と矛盾する便宜は合理的ではないこと②当該便宜が単なる職場の中立的なルールに矛盾するという理由だけでは便宜の合理性を否定することはできないということ③多大な合理性を超えた便宜までは要求されないということ④従来の証明責任の分配が用いられるということ」の4点が挙げられている。

<sup>972</sup> *Barnett*, 535 U.S. at 401-402. この結果、原告が ADA に基づき要求した配慮が、過度な負担かどうかの判断枠組みとは異なる基準で、「合理的」であることを示さなければならないことが明らかになった。

<sup>973</sup> 本判決を受けて改訂された EEOC 指針でも最高裁の判断が引用された。See EEOC 指針 "TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE, reassignment 31", *supra* note 333.

は、障害を持つ労働者を優先的に扱うことが要求されたとしたことから<sup>974</sup>、その後の裁判に大きな影響を与えることになった<sup>975</sup>。

しかしながら、本判決で、先任権制度以外については、中立的なルールに反する配慮が合理的であるかどうかの明確な線引きがされなかったことから、「中立的なルールに反するというだけで、ただちに合理的ではないとはいえない」とする見解よりも、先任権制度が保護されたことに重きを置いて、使用者は、そのような中立的なルールを無視する必要はないとする解釈もある<sup>976</sup>。

以下では、**Barnett**判決に対する批判を取り上げておきたい。

全米障害者評議会（**National Council on Disability**）（以下、「**NCD**」という。）は、**Barnett** 判決で、既存の経済的枠組み（優先権とその考え方）と **ADA** 制定の目的（雇用・経済的目的）が対立する場合に、誰がより優位な「権利」を持つのかというより大きな問題が生じたと述べている<sup>977</sup>。**NCD** は、使用者に過度の負担を課さないのと同時に、要求する配慮が「合理的」でなければならないという **Barnett** 判決の合理性基準（**Reasonableness Standard**）に関して、次の疑問を呈している。第 1 に、「合理的」と判断される基準は何か？、第 2 に、自分の要求が合理的な配慮であることを証明しなければならない責任を負うことによって、労働者は、使用者の人事方針や他の労働者に否定的な影響がないことを証明しなければならない難しい立場に置かれるのか？という疑問である。さらに、**NCD** は、障害を持つ個人が何十年も経済的にも社会的にも過小評価されているならば、以前排除されていた何百人もの人々が、如何にして既に経済的主流にいる人々に影響を与えることなく場所を獲得することができるのかという強い懸念を表明している<sup>978</sup>。

また、**Carlos A. Ball** は、先任権の配分に付随する、障害を持つ労働者が直面するある種の不利益が **Barnett** 判決で表われているとしている<sup>979</sup>。仮に **Barnett**（原告）に障害がなければ、以前の荷物取扱い業務のポジションに戻ることはできたかもしれないのに、現実には、より優位な先任権を有する労働者

---

<sup>974</sup> **Barnett**, 535 U.S. at 397; Mark C. Weber, *supra* note 586, at 1161.

<sup>975</sup> EEOC が **Barnett** 判決を受けて先行判決（**EEOC v. Humiston Keeling**, 227 F.3d 1024 (7th Cir. 2000)）の解釈変更を求めて上訴した。その結果、裁判所は、**United Airlines** の合理的配慮に関する異動方針は **ADA** に違反することを認め、**ADA** では障害のために本質的な職務を行えなくなった労働者に対して使用者が他のポジションへ配置転換させることを要求していると判示した（**United Airlines**, 693 F.3d at 765）。

<sup>976</sup> Alex B. Long (2003), *supra* note 883, at 896.

<sup>977</sup> **NCD**, Policy Brief Series: Righting the **ADA** - No. 10, "Reasonable Accommodation After **Barnett**" (March 5, 2003).

<sup>978</sup> *Id.* at 4. 労働協約など既得権益と対立するものを合理的でないとするのであれば、社会的に排除されてきた障害者は、労働市場における既得権の恩恵を受けられる対象ではないことが多い。そうなれば、障害を持つ労働者も障害のない労働者が享受する恩恵や権利を同等に享受することは困難になってしまう可能性がある。

<sup>979</sup> **Carlos A. Ball**, *Preferential Treatment and Reasonable Accommodation Under the Americans with Disabilities Act*, 55 Ala. L. Rev. 951, 962 (2004).

にポジションを追い出されて、失業してしまっている<sup>980</sup>。すなわち、原告が荷物取扱いポジションで求められる本質的機能を遂行できたのであれば、メールルームの職にとどまることを配慮として求める必要はなかったという点では、先任権制度の例外を認めるような配慮の必要を導いた直接の原因は、原告の障害であるといえる<sup>981</sup>。同時に、原告の要求した配慮の妨げとなっているのは、使用者の有する先任権方針である<sup>982</sup>。つまり、配慮請求と障害の間には関係があり、また、配慮提供が妨げられる要因は使用者側にある。一方、身体的に健全な労働者が、より優位な先任権を有する労働者によって現在のポジションから追い出されたとしても、他のポジションへの異動に関して、障害を持つ労働者ほど制限を受けないため、社内の他のポジションを見つけられる可能性は高い。そのため、より有利な先任権を有する労働者によって追い出されることを防ぐための、ある種の「優先的取扱い」は、他の労働者と比較して不公平な利益を与えるものではないとされる<sup>983</sup>。

Ball は、合理的配慮を「法律で規定されている種類の優先的取扱い」と呼び、この種の優先的取扱いは、障害のない労働者よりも障害を持つ労働者を有利な位置に置くようなものではなく、このような取扱いは、条件を公平にすることを目的とするもので、他の者に不公平をもたらすものではないとしている<sup>984</sup>。したがって、Barnett 判決で示された機会均等の実現には時として障害を持つ労働者に対して「優先的取扱い」が必要となるという意見に賛成し、障害を持つ個人に合理的な形の「優先的取扱い」を提供するようにならなければ、ADA の基本的平等という目的は果たされないままであろうと述べている<sup>985</sup>。一見中立的に見える先任権制度でも、障害を持つ労働者が先任権制度による恩恵を求める場合、実際には、障害を持つ労働者には身体的に健全な労働者よりも少ない選択肢しかないため、Barnett 判決で先任権制度が合理的配慮よりも優先されると判示されたことに反対している<sup>986</sup>。

#### (ウ) (労働協約・先任権制度を除く) 中立的とされる職場のルールと差別禁止法との関係

誰をどのポジションに採用もしくは配置するかという問題は、使用者の採用方針や異動方針と関わるため、合理的配慮としての配置転換は、労働協約や先任権制度以外にも、使用者の設けている中立的なルールと対立することがある。ここでも、まずは、中立的な理由に基づく決定に関する公民権法第 7 編

---

<sup>980</sup> *Id.*

<sup>981</sup> *Id.* at 965.

<sup>982</sup> *Id.*

<sup>983</sup> *Id.* at 963.

<sup>984</sup> *Id.* at 960. Ball は本論文で「優先的取扱い」(preferential treatment) を多用し、「合理的配慮」を法律で規定されている「優先的取扱い」と呼ぶこともある。Ball は、「優先的取扱い」には、不公平な利益を与えるものと、競争のための機会均等を確保するためのものがあり、法律で求められるのは、後者であると位置づけていると読める。

<sup>985</sup> *Id.* at 995.

<sup>986</sup> *Id.* at 963.

の下での判例を紹介する。そして、ADA 第 1 編において、労働協約や先任権制度以外の中立的なルールと配置転換との間にどのような問題が生じ、どのような判断がなされているのかを確認する。

#### ① 公民権法第 7 編の下での人的配置にかかる判断

採用や昇進の対象となる要因は複数あるため、公民権法第 7 編で禁止されている差別事由に基づき、不採用としたのかは分かりにくい<sup>987</sup>。裁判でも、公民権法第 7 編の保護の対象となる個人に対し、法で禁止している差別事由が影響して、採用や昇進の場面で不利な決定がなされたのかどうか争われ、使用者がそれ以外の理由で不採用としたことを証明できるのかどうか注目された。

Tex. Dep't of Cmty. Affairs v. Burdine<sup>988</sup>では、第 5 巡回裁判所が、差別的取扱いのケースにおいて、被告は、採用または昇進させた人が原告よりもより適格であることを何らかに証明しなければならないとしたのに対し<sup>989</sup>、最高裁はこれを否定し、被告は原告を採用または昇進させなかった理由が合法で非差別的なものであることを証明すればよいとした<sup>990</sup>。選ばれた個人が最も適格であったかどうかよりも、合法かつ非差別的な理由に基づき決定がなされたことが重視された。

#### ② ADA 第 1 編に基づく配置転換と人的配置にかかる中立的な職場のルールとの関係

中立的な理由で決定したことが証明できれば差別を構成しないとする公民権法第 7 編の判断枠組みを ADA 第 1 編にも適用できるのかどうか問題となる<sup>991</sup>。合理的配慮として配置転換が求められているにもかかわらず、他の労働者を中立的な理由、すなわち、中立的なルールに基づき選んだ場合、合理的配慮義務違反を構成するのかが問われ、裁判所によって判断が分かれてきた。

以下では、中立的なルールの中でも最も議論された、空席のポジションには応募者の中から最も適格な人を採用するという確立した方針（「最も適格な人を採用する方針（Best Qualified Policy）」）や競争に基づき候補者の中から採用する方針（「競争入札方針（Competitive Bidding）」）と対立する場合の配置転換について、裁判所の判断がどのように分かれているのかに焦点を当てる。また、Barnett 判決前には、広く中立的なルールの存在が、障害差別（合理的配慮の不提供）を阻却する理由とされていたことも紹介する。

---

<sup>987</sup> DOORES v. MC NAMARA, 476 F. Supp. 987, 991 (W.D. Mo. 1979). アファーマティブ・アクションの実施により、より適格でない人が採用されたとして、原告が逆差別を主張したケースで、使用者は、人種的な不均衡が修正されることを、学歴や身体評価と同じく、最も適格な人を選考する際の考慮要素としていること、誰を採用するかは、使用者の裁量の範囲であることを主張している。

<sup>988</sup> 450 U.S. 248 (U.S. 1981).

<sup>989</sup> Burdine v. Texas Dep't of Community Affairs, 608 F.2d 563, 567 (5th Cir. Tex. 1979). East v. Romine, Inc., 518 F.2d 332 (5th Cir. 1975)を引用。

<sup>990</sup> Tex. Dep't of Cmty. Affairs v. Burdine, 450 U.S. 248, 254-256 (U.S. Mar. 4, 1981).

<sup>991</sup> Cheryl L. Anderson, Unification of Standards in Discrimination Law: The Conundrum of Causation and Reasonable Accommodation under the ADA, 82 Miss. L.J. 67, 123 (2013).

a) 「最も適格な人を採用する方針」「競争入札方針」

EEOC 指針では、合理的配慮としての配置転換で、障害を持つ労働者が空席のポジションに必要な適格性を有する必要はあるものの、最も適格である必要はないとしている<sup>992</sup>。しかしながら、実際には、使用者が「最も適格な人を採用する方針」を例外なく適用している場合は、障害を持つ労働者が適格性を満たすポジションへの配置転換を希望していたとしても、候補者の中で最も適格でなければ配慮を受けられないと判断されることが多かった。同様に、他の候補者との競争なしに自動的に配置転換がなされるわけではないという「競争入札方針」がある場合も、当該ルールの下で、他の候補者との競争の結果で配置が決まるため、結果として、合理的配慮を求める障害を持つ労働者が、空席のポストに配置されなくても、合理的配慮義務に欠けるとは認められないと判断されてきた。

i. 異なる取扱いを認める

議会は、「合理的配慮には空きのあるポジションへの配置転換が含まれ得る。労働者が障害によって着任していた職務の本質的機能をもはや遂行できない場合、他のポジションに空きがあり、当該労働者が適格性を有するのであれば、当該職務を割当ててことで、労働者の失業を防ぐことができる。また、使用者にとっても、貴重な労働者の喪失を防ぐことになる<sup>993</sup>」と考えていた。

*Smith v. Midland Brake, Inc.*<sup>994</sup>で、第 10 巡回裁判所は、この議会の意図を踏まえ、合理的配慮としての配置転換は、他の労働者と同じ条件である職務に応募することを許可する以上のものを意味していると判示した<sup>995</sup>。そのため、障害を持つ労働者が公募しているポジションに応募し、他の候補者と競争できるようにするだけでは、合理的配慮ではないとした<sup>996</sup>。すなわち、既存のポジションに空きがあり、

---

<sup>992</sup> See EEOC 指針 “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE – reassignment”, *supra* note 333.

<sup>993</sup> H.R. Rep. No. 101-485, pt. 2, at 63 (1990).

<sup>994</sup> 原告は、組み立て作業員として従事していたが、業務で、化学物質、溶剤等に暴露して筋肉障害と皮膚炎を発症し、医師から就業制限及び一定期間の休職を命じられた。その後、1992 年 5 月 6 日から解雇されるまで原告は休職し、労災給付を受けた。1993 年 3 月 3 日、被告は、皮膚炎に対する労災給付として、原告に 2 万ドルを支払うことに同意し、同日、原告を解雇した。本件は、1992 年 5 月から 1993 年 3 月までの間、被告は原告を就労可能なポジションに配置することができたかどうか争われた (*Midland Brake*, 138 F.3d 1304, 1307(10th Cir. 1998) (panel))。

<sup>995</sup> *Midland Brake*, 180 F.3d at 1164 (en banc). 本件は、当初小法廷 (panel) による判決では、現在のポジションで求められる本質的職務機能を遂行できなくなった労働者に対して合理的配慮を提供する義務はないと判断した (138 F.3d at 1309-1310) が、大法廷 (en banc ruling) (全判事参加による判決) で、配置転換の解釈について変更された。

<sup>996</sup> *Id.* at 1164-1165. 第 1 に、ADA では合理的配慮として空きのあるポジションへの配置転換が明確に含まれており、配置転換を考慮することが合理的配慮とは記載されていないこと、第 2 に、ADA ではそもそも応募の際に障害を理由として差別することは禁止されており、それは既存の労働者が空席ポジションに応募する際にも適用されることであるため、合理的配慮としての配置転換で他の労働者と同等の扱いをすることを意味しているのだとしたら、冗長な規定である、つまり、配置転換を合理的配慮に含めたのは、それ以上のものを求めているためだとしている。



そのポジションに必要な適格性を障害を持つ労働者が満たしている場合には、使用者は合理的配慮として配置転換を行わなければならない。ただし、労働協約に基づき認められている権利と配置転換が対立する場合は、配慮として合理的でないとされる<sup>997</sup>。

**Ransom v. Arizona Bd. of Regents**<sup>998</sup>でも、障害のない労働者に提供している配置転換と全く同じ方法で、配置転換の権利を障害を持つ労働者に与えていることは合理的配慮にはならないとした上で、数年に2~3人の障害を持つ労働者を配置転換させることが、使用者の競争入札方針を完全に変更してしまうという使用者の主張は認められないと判示された<sup>999</sup>。

ii. 障害のない労働者と同等の扱いをする

一方、第7巡回裁判所は、**EEOC v. Humiston-Keeling**<sup>1000</sup>で、使用者に一貫して最も適格な人を採用するという方針がある場合、障害によって本質的な職務機能を遂行できなくなった労働者に対して配慮するために、より適格な他の候補者を不採用にしてまで、合理的配慮を提供する義務はないと判示した<sup>1001</sup>。本件では、業務中に怪我をして右腕に外側上顆炎を患い、職務として求められる物を持ち上げる作業ができなくなったため、空きのあるポジションに配置転換を求めて応募したが、いずれも不採用となり、最終的に当該労働者は職を失った<sup>1002</sup>。

第7巡回裁判所は、**Humiston-Keeling** 判決で、「障害を持つ労働者が少なくとも最低限そのポジションに対して適格性を有している場合、使用者が『過度な負担』となることを証明しない限り、合理的配慮の『配置転換』は、障害を持つ労働者を、より適格で障害のない労働者よりも優位に位置づけることを要求する」とするEEOCの主張を否定した<sup>1003</sup>。さらに、第7巡回裁判所は、合理的配慮としての配置転換の規定は、使用者に配置転換の実現可能性を検討する必要があることを示しているだけで、たとえ他の労働者が2倍良くても、障害を持つ労働者に仕事を与えなければならないわけではないとした<sup>1004</sup>。

---

<sup>997</sup> *Id.* at 1175-1176.

<sup>998</sup> 983 F. Supp. 895 (D. Ariz. 1997).

<sup>999</sup> *Id.* at 902-903.

<sup>1000</sup> 227 F.3d 1024 (7th Cir. 2000).

<sup>1001</sup> *Id.* at 1029.

<sup>1002</sup> *Id.* at 1026-1027. 原告(Houser)は倉庫で医薬製品を棚からコンベヤーに載せる作業を行っていたが、障害により、右腕で物を持ち上げることができなくなり、Houserの職務として求められる作業ができなくなった。そのため、左手だけで持ち上げることができるようエプロンの着用を試みたが、この実験はうまくいかなかった。その後、一時的に軽作業の仕事が割り当てられたが、その職務も工事終了とともになくなった。空きのあるポジションへの配置転換を要求し、Houserは少なくとも最低限の適格性がある複数のポジションに応募したが、いずれも不採用となり、最終的には解雇された。

<sup>1003</sup> *Id.* at 1027.

<sup>1004</sup> *Id.* at 1028.

また、第 8 巡回裁判所は、*Huber v. WAL-MART*<sup>1005</sup>で、*Humiston-Keeling* の解釈に依拠し、空きのあるポジションがあっても、最も適格な人を採用するという方針に基づき、障害を持つ労働者が合理的配慮として求めたポジションを、他の応募者と競争なしに自動的に与えることはないとする使用者側の主張を認めた<sup>1006</sup>。また、被告会社 *Wal-Mart* は、原告 *Huber* が希望したポジションではないし、賃金は前職の半分以下となるけれども、原告にメンテナンス補助のポジションを提供していることで、合理的配慮の提供義務を履行したと認められた<sup>1007</sup>。さらに、第 8 巡回裁判所は、使用者側の主張を認め、原告を差別したのではなく、*Wal-Mart* での採用に関して、すべての他の候補者と比較し、良くも悪くもない (*no worse and no better*) 扱いをしただけであるとした<sup>1008</sup>。

b) その他の中立的なルールに関して

「最も適格な人を採用する方針」「競争入札方針」以外の中立的なルールに関しても、適用上の例外を認めるべきかどうかの問題となっている。*ADA* 第 1 編の下でも、たとえば、通常施設間の異動は行われていないのであれば、合理的配慮として特別に障害を持つ労働者を違う施設へ配置転換する必要はないとして、使用者が通常行う方法でのみ、配置転換が求められるとするケースもある<sup>1009</sup>。これは *EEOC* 指針で、使用者がオフィス、支店、機関、部署、施設、人事制度、地域の移動を禁ずる規定を設けている場合であっても、*ADA* 第 1 編の配置転換義務について、その限定を受けるものではないとしているのとは、反対の見解である<sup>1010</sup>。

*Barnett* 判決以前、*Dalton v. Subaru-Isuzu Auto., Inc.*では、合法で非差別的な使用者の方針に反する場合、*ADA* 第 1 編もしくはリハ法に基づく判例で、使用者に障害を持つ労働者を配置転換することが要求されたケースを見つけることはできないとされた<sup>1011</sup>。本件では、空席への社内異動でフルタイムの労働者をパートタイム労働者よりも優先する方針、多くの大学、経営コンサルティング会社、法律事務所、その他の適用団体において、ある種慣行となっている、組織内で昇進しない労働者は一定割合で解雇される「*up-or-out* (昇進か退職か)」方針、許容できない業績でなければ、もしくは、事業上の必要性がない場合は、労働者は会社にとどまる権利を有し、状況が変化しても、降格させられないとする

「非降格方針」など、使用者が反差別法に適合するよう設けた合法的な職務要件は広く認められるとされた<sup>1012</sup>。

---

<sup>1005</sup> 486 F.3d 480 (8th Cir. Ark. 2007).

<sup>1006</sup> *Id.* at 483-484.

<sup>1007</sup> *Id.*

<sup>1008</sup> *Id.* at 484.

<sup>1009</sup> *Emrick v. Libbey-Owens-Ford Co.*, 875 F. Supp. 393, 398 (E.D. Tex. 1995).

<sup>1010</sup> See *EEOC* 指針 “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE – reassignment 27”, *supra* note 333.

<sup>1011</sup> *Dalton*, 141 F.3d at 679.

<sup>1012</sup> *Id.*

また、*Daugherty v. City of El Paso* では、被告がパートタイムで雇用されていた原告に対し、フルタイムのポジションへの配置転換を合理的配慮として提供しなかったことについて争われた<sup>1013</sup>。雇用慣行について定める被告（市）の憲章では、空席のポジションを埋める際、フルタイム労働者はパートタイム労働者より優先されると定められており、また、通常は、正規の試験か昇進試験を受けて、パートタイム労働者はフルタイム労働者になれるとされていた<sup>1014</sup>。本判決で、第 5 巡回裁判所は、原告は、他のパートタイム労働者で職を失くした人々と比べて異なる取扱いがされたことを示せていないとし、ADA は、障害のない労働者よりも優先的に障害を持つ労働者を配置転換させるアファーマティブ・アクションを求めていると解釈することはできないとした<sup>1015</sup>。

### ③ ADA 第 1 編に基づく配置転換と職場での通常の異動プロセスとの関係

障害を持つ労働者が合理的配慮として配置転換を希望する場合、通常職場で行われている異動申請の手続きにのっとって、配置転換も申請すべきなのかどうかについて問われたケースを紹介する。たとえば、医師の診断書を提出するなどして、障害を持つ労働者が合理的配慮として配置転換を要求した場合でも、中立的なルールの下で異動の方法が確立していれば、使用者は、障害を持つ労働者にもその方法で申請するように求めることができるのかどうか問題となった。

*Burns v. Coca-Cola Enters.* では、障害を持つ労働者から配置転換の必要性が使用者に伝えられた場合、使用者は、障害を持つ労働者に対して、通常の異動と同じプロセスで応募するよう伝えただけで、合理的配慮義務を履行したことになるのかどうか問題となっている。本件は、使用者がケガをし障害を負った労働者から就労制限のある状態で可能な職務への異動を要求されたのにもかかわらず、他のポジションへの配置転換を怠ったという主張について争われた<sup>1016</sup>。都合の良い時に社員が空席を探せるように、社内の全空席情報を掲示する掲示板があり、社内異動を希望する労働者は、まず、異動申請書 ("Request for Transfer" form) を上司に提出しなければならないという異動申請にかかる方針

(Transfer Request Policy) を使用者が取っていたため、裁判所は、ADA では、この合法かつ非差別的な方針の適用を除外するよう要求していないとして、この方針に従うことが当該労働者に求められるとした<sup>1017</sup>。その上で、当該労働者は、このプロセスにのっとって、他のポジションへの社内異動を 1 件しか請求しておらず、応募したポジションでの適格性を満たしていなかったため、使用者が配置転換をしなかったことは、ADA 義務に違反したことにはならないと判示された<sup>1018</sup>。

---

<sup>1013</sup> *Daugherty*, 56 F.3d at 699.

<sup>1014</sup> *Id.*

<sup>1015</sup> *Id.* at 699-700.

<sup>1016</sup> *Burns*, 222 F.3d at 249.

<sup>1017</sup> *Id.* at 258.

<sup>1018</sup> *Id.* at 258-259.

他方、**Barnett** 判決以降に出された **Shapiro v. Township of Lakewood**<sup>1019</sup>では、異なる判断が下されている。本件では、障害を持つ労働者が合理的配慮を要求した際、使用者が、事業部間の異動に関する標準手続きにのっとらない限り、異動を拒んだことが問題となった<sup>1020</sup>。原告の弁護士は、被告に書面を送り、原告を職場に復帰させ、必要な合理的配慮を行うように正式に要求した<sup>1021</sup>。しかし、他の事業部への異動に関しては、社内の掲示板に掲載された案内を見て応募することになっていたため、地裁は空きのあるポジションが存在していたとしても、原告が正式に応募しなかったことを理由に、被告に有利なサマリー・ジャッジメントを下した<sup>1022</sup>。これに対し、第 3 巡回裁判所は、中立的なルールから逸脱する合理的配慮が ADA 第 1 編で要求されるかどうかという問題を連邦最高裁が **Barnett** 判決で扱ったことから、**Barnett** 判決に基づき、「合理的配慮として要求された配置転換が、使用者の中立な規則を破ることになると主張されるケースにおいては、次の 2 段階アプローチを指示しなければならない。第 1 段階は、当該ケースにおいて、原告が配慮は合理的な種類のものであることを示すことが要求される。第 2 段階は、第 1 段階の結果によって異なる。もし配慮が当該ケースにおいて合理的な種類のものであることが示された場合には、証明責任は使用者に移行し、使用者は配慮を認めることが過度な負担となることを証明しなければならない。反対に、配慮が合理的な種類のものであると示されなかった場合には、特定の環境のもとでは配慮が合理的である正当な理由を示すことで、労働者側がまだ優勢を保つことが出来る」とした<sup>1023</sup>。そのため、第 3 巡回裁判所は、**Barnett** 判決と調和できていないとして、原告が応募しなかったことを理由に被告に有利なサマリー・ジャッジメントを認めた地裁判決を棄却し、差戻し審で、**Barnett** 判決の手続きに従いさらなる審議を行うべきであると判示した<sup>1024</sup>。

#### ④ 第 7 巡回裁判所の配置転換に関する解釈変更 (**Barnett** 判決後)

**Barnett** 判決で、「配慮が『優先権』を与える—障害を持つ労働者には他の労働者が従わなければならないルールを破ることを許可する」というだけで、一概に配慮は合理的でないと判断することを否定したため、それがどの程度影響するのか注目された<sup>1025</sup>。ここでは、**Barnett** 判決後の重要な判例である、**EEOC v. United Airlines, Inc.**<sup>1026</sup>を取り上げる。**Barnett** 判決が下されたことで、**Humiston-Keeling** 判決<sup>1027</sup>における第 7 巡回裁判所の配置転換にかかる解釈が本件で見直されることになった。

<sup>1019</sup> 292 F.3d 356 (3d Cir. 2002).

<sup>1020</sup> *Id.* at 357.

<sup>1021</sup> *Id.* at 358.

<sup>1022</sup> *Id.* at 357-358.

<sup>1023</sup> *Id.* at 360-361.

<sup>1024</sup> *Id.* at 361.

<sup>1025</sup> See NCD, *supra* note 977, at 10-12. その一方で、**Barnett** 判決は、先任権制度と対立する配慮に関しては、一般的に合理的ではないとしているため、合理性基準に関する不確実性を生じさせたともいわれている。

<sup>1026</sup> 673 F.3d 543 (7th Cir. III. 2012), 693 F.3d 760 (7th Cir. III. 2012).

<sup>1027</sup> See *supra* notes 1000-1004 and accompanying text.

本件では、United Airlines の合理的配慮の配置転換に関する方針が ADA 第 1 編違反であるかどうかで争われた。United Airlines の配置転換に関する方針では、競争入札を基本としているため、自動的に空きのあるポジションに配置されるとは限らないが、ただし、障害を持つ労働者は何度でも配置転換を求めて応募でき、面接審査は保障されていること、さらに、2 名の候補者が同等の適格性を有する場合には優先的に考慮されることになっていた<sup>1028</sup>。

第 7 巡回裁判所は、Humiston-Keeling 判決で、ADA は反差別法であり、優先的取扱いを義務づけている法ではないため、中立的なルールに反するような配慮を認めることを要求していないと判示していたため<sup>1029</sup>、United Airlines の方針に反する配置転換を合理的な配慮として認めるためには、Humiston-Keeling 判決を破棄する必要があった<sup>1030</sup>。また、連邦最高裁が、Barnett 判決で、そのように ADA を反優先的な法として解釈すること否定し、ADA の機会均等という基本的目標を達成するためには、時として優先的取扱いが必要であるとしたため<sup>1031</sup>、Humiston-Keeling 判決は、Barnett 判決との整合性が問題となり、判例としての有効性が問われた。

第 1 回目の控訴審（2012 年 3 月 7 日に判決<sup>1032</sup>）では、Barnett 判決は Humiston-Keeling 判決を覆したり、弱体化させたりするものではないとする地裁の判決が支持され、過去にも第 7 巡回裁判所内で Barnett 判決は Humiston-Keeling 判決と対立しないと判断されたことから、Humiston-Keeling 判決を好意的に扱うとされた<sup>1033</sup>。第 7 巡回裁判所は、Barnett 判決後も、Mays v. Principi<sup>1034</sup>、その他 2 つのケース<sup>1035</sup>で Humiston-Keeling 判決に依拠して判断していた<sup>1036</sup>。そのため、Barnett 判決後も

---

<sup>1028</sup> *United Airlines*, 693 F.3d at 761. 2003 年に United Airlines は、障害が原因で合理的配慮があっても現在の職務の本質的機能をもはや遂行できない労働者に配慮することを記載した合理的配慮方針を作成し、その中で、同等または低いレベルの空きのあるポジションに異動することは、合理的であるかもしれないが、配置転換のプロセスは競争によるもので、自動的に空きのあるポジションに配置されるとは限らないとしている。また、当該方針では、制限なく何度でも異動願いを出せること、候補者の適格性がほぼ同等である場合、配慮を申し出ている者を優先することが、障害を持つ労働者に対する「優先的取扱い」とされていた。

<sup>1029</sup> *Humiston-Keeling*, 227 F.3d at 1028. 当該ポジションに最適な候補者を採用することが、使用者の実直で一貫した方針である場合には、ADA では、より良い候補者がいるポジションに、障害を持つ労働者を配置することを使用者に義務づけていないとした (at 1029)。

<sup>1030</sup> *United Airlines*, 693 F.3d at 763.

<sup>1031</sup> *Barnett*, 535 U.S. at 397-399.

<sup>1032</sup> 673 F.3d 543 (7th Cir. Ill. 2012).

<sup>1033</sup> *Id.* at 547.

<sup>1034</sup> 301 F.3d 866, 872 (7th Cir. 2002). 裁判所は、仮に「より先任権の高い」を「より適格な」と捉えるならば、「先任権制度」を「使用者の空席を埋める通常の方針」と読み替え、空きのあるポジションにより優位な先任権を持つ労働者がいる場合には、障害を持つ労働者を配慮するために配置転換を行う必要がないとした Barnett 判決を適用した。

<sup>1035</sup> *Craig v. Potter*, 90 F. App'x 160 (7th Cir. Feb. 20, 2004); *King v. City of Madison*, 550 F.3d 598 (7th Cir. 2008).

<sup>1036</sup> *United Airlines*, 673 F.3d at 546.

Humiston-Keeling 判決を破棄する方向には動かなかったこと、これらのケースで具体的な分析は行われていないものの、それら存在と一貫した解釈により、Humiston-Keeling 判決をいまだ良き先行判例と判断せざるを得ないとした<sup>1037</sup>。

そこで、EEOC は、第 7 巡回裁判所に対し、Humiston-Keeling 判決の配置転換に関する解釈を変更するよう、再審理を求めた<sup>1038</sup>。

第 2 回目の控訴審（2012 年 9 月 7 日判決<sup>1039</sup>）では、Barnett 判決があるため Humiston-Keeling 判決は存続できないと判示された<sup>1040</sup>。そして、第 7 巡回裁判所は、ADA においては、使用者にとって過度な負担でないならば、障害を持つ労働者を適格性のある空席ポジションに割当ててことを使用者に義務づけていると判示した<sup>1041</sup>。その結果、多くの場合に配置転換が合理的であるかどうか、また、United Airlines の雇用システムの中では配置転換が合理的でないとみなされる事実固有の考慮事項があるかどうかは地裁で判断すべきとして、判決を地裁に差戻した<sup>1042</sup>。

第 7 巡回裁判所は、Barnett 判決直後に自身が下した Mays 判決について、「先任権制度」と「最も適格な人を採用する方針」を同化させており、「最も適格な人を採用する方針」からの逸脱が常に過度な負担となると考えた点において誤りであると判断した<sup>1043</sup>。また、第 8 巡回裁判所が下した Huber 判決<sup>1044</sup>が Humiston-Keeling 判決に依拠していることから Humiston-Keeling 判決を破棄すべきではないとする United Airlines の主張に対し、第 7 巡回裁判所は、Huber 判決は、Humiston-Keeling 判決を分析せずに、まして、Barnett 判決の文脈での分析もせずに、丸ごと Humiston-Keeling 判決を採用しており、重要ではないと判断した<sup>1045</sup>。その上、既に他の巡回裁判所は、Smith v. Midland Brake, Inc.<sup>1046</sup>と Aka v. Washington Hospital Center<sup>1047</sup>で、ADA は、使用者に対して、空きのあるポジションへ障害を持つ労働者を配置することが過度な負担をもたらさない場合には、そのような配慮を提供することを義務づけていると判示していると指摘した<sup>1048</sup>。

---

<sup>1037</sup> *Id.*

<sup>1038</sup> *United Airlines*, 693 F.3d at 761.

<sup>1039</sup> 693 F.3d 760 (7th Cir. Ill. 2012).

<sup>1040</sup> *Id.* at 761.

<sup>1041</sup> *Id.*

<sup>1042</sup> *Id.*

<sup>1043</sup> *United Airlines*, 693 F.3d at 764.

<sup>1044</sup> See *supra* notes 1005-1008.

<sup>1045</sup> *United Airlines*, 693 F.3d at 764. Huber 判決は最高裁で移送命令書が一度受領されたものの、最終的に両当事者が和解したため棄却された。

<sup>1046</sup> *Midland Brake*, 180 F.3d at 1164.

<sup>1047</sup> 156 F.3d 1284, 332 U.S. App. D.C. 256 (D.C. Cir. 1998)

<sup>1048</sup> *United Airlines*, 693 F.3d at 764-765.

その後、**United Airlines** は上告したものの、連邦最高裁は訴えを却下し、第 7 巡回裁判所の判決が確定した<sup>1049</sup>。これについては、連邦最高裁は上告を退けるのではなく、連邦最高裁の判断として、**ADA** 第 1 編では、「最も適格な人を採用する方針」等の使用者が有する中立的なルールと配置転換が対立する場合でも、空席及び適格性という前提条件を満たすならば、使用者が過度の負担であることを証明しない限り、自動的に、障害を持つ労働者を配置転換させることが合理的配慮として要求されることを明確にするべきであったとする批判的な見解がある<sup>1050</sup>。

#### ⑤ その他下級審の判断（**Barnett** 判決後）

**United Airlines** 判決で **Humiston-Keeling** 判決のように中立的なルールに反する配慮を、自動的に合理的でないと判断する解釈は否定されたものの、いずれの裁判所も、空席と適格性にかかる前提条件を満たすならば、競争を伴わない配置転換を合理的配慮として認めるかどうかは今後の判例を待たなければならない状況である<sup>1051</sup>。いまだに、下級審での配置転換に関する判断は統一されず、**Barnett** 判決をどのように解釈して適用するかも分かれている。

**Kosakoski v. PNC Fin. Servs. Group, Inc.**<sup>1052</sup>では、被告会社が **Huber** 判決に基づく主張を展開したところ、裁判所は、**Huber** 判決が **EEOC v. United Airlines** 判決によって否定された **Humiston-Keeling** 判決に依拠していることを理由に、被告の申し立てたサマリー・ジャッジメントの一部を認めなかった<sup>1053</sup>。本件では、**United Airlines** 判決が引用され、「空きのあるポジションへの配置転換」という配慮は合理的であり、過度な負担を証明しなければ、使用者にはそのような配置転換を行う義務があるとされた<sup>1054</sup>。

他方、**Haynes v. AT&T Mobility**<sup>1055</sup>では、配置転換の合理性を評価する際に、他の労働者が原告よりも適格かどうかを考慮に入れることが求められ、当該ケースにおいて、被告は原告が要求したポジショ

<sup>1049</sup> *United Airlines*, 133 S. Ct. 2734 (U.S. 2013).

<sup>1050</sup> Charles Conway, *supra* note 385, at 747-748.

<sup>1051</sup> See Michael Creta, *supra* note 872, at 1696; Charles Conway, *supra* note 385, at 723-724. 研究者も巡回裁判所間で合理的配慮としての配置転換についての判断が違うことを指摘し、障害を持つ労働者に有利な解釈を支持している。

<sup>1052</sup> 2013 U.S. Dist. LEXIS 138234 (E.D. Pa. Sept. 26, 2013). 原告は臨床性鬱病、注意欠陥多動性障害 (ADHD)、甲状腺機能亢進症を有しており、断続的な休暇の取得と在宅就労が認められ、担当する支店の数も減らしてもらっていたが、その後、合理的配慮として配置転換を希望し、空きのあるポジションに何度か応募した。しかし、被告は最も適格な人を採用する方針を有していたため、いずれも不採用となった。

<sup>1053</sup> *Id.* at 46-47.

<sup>1054</sup> *Id.* at 50-51.

<sup>1055</sup> 2011 U.S. Dist. LEXIS 12066 (M.D. Pa. Feb. 8, 2011). 原告は AIDS を患っており、よりストレスの少ない職務を求め、配置転換を希望したが、裁判所は、原告が他の労働者よりも適格であるかどうか、配置転換の合理性判断において重要な問題であるとした。

ンには他の労働者がより適格であったことについて説得力のある主張しているのに対し、原告は反対の証拠を提示できていないとされた<sup>1056</sup>。

本件では、被告が、当該ケースは最も適格な人を採用する方針に関連するもので、**Barnett** 判決で問題となった先任権制度とは異なるため、**Huber** 判決にのっとって判断するよう求めたのに対し、裁判所は、**Barnett** 判決及び **Shapiro** 判決<sup>1057</sup>を参考に、本件を分析すべきであるとした<sup>1058</sup>。本件では、**Barnett** 判決を、より具体的な状況を考慮した問題、すなわち、使用者の有する真正かつ確立された先任権制度の下で、優位な先任権を有する労働者があるポジションに就く権利を有していたとしても、使用者は、合理的配慮として要求されたポジションに障害を持つ労働者を配置転換しなければならないのかどうかに取り組んだ判決として扱っている<sup>1059</sup>。

本判決では、**Barnett** 判決の証明責任における 2 段階アプローチが引用され<sup>1060</sup>、他の労働者が原告よりも適格であるかどうかという問題を無視して、多くのケースで配置転換は合理的配慮の一種であると判示されていることから、原告は証明責任を満たしていると地裁が判断したのは誤りであるとされた<sup>1061</sup>。原告が、自身が最も適格であるかどうかに関係なく、配置転換が認められるべきだと主張しているのに対し、裁判所は、使用者の既に確立している採用方法では、通常、最も適格な候補者に職務が与えられる場合に、より職務に適格な候補者を抜かして原告を配置することが合理的であることを証明できていないと判断した<sup>1062</sup>。そのため、原告は当該ケースにおいて原告の要求した配慮が合理的であるといえる特別な状況を示すことによってのみ、サマリー・ジャッジメントを回避することができるとされた<sup>1063</sup>。

**EEOC v. United Airlines** 判決や **Kosakoski** 判決で、**Barnett** 判決が、障害を持つ個人に対し、障害のない労働者には認めない、中立的なルール適用上の例外を認めるという点で、配慮が「優先権」を与えるというだけでは、一律に「合理的でない」とはいえないと判断した **Barnett** 判決部分を引用しているのに対し、本判決は別の部分を引用し、多くの場合に「空きのあるポジションへの配置転換」という配慮は合理的であると判断した地裁判決を破棄している点で、**Barnett** 判決の適用において違いがある。

---

<sup>1056</sup> *Id.* at 14.

<sup>1057</sup> See *supra* notes 1019-1024 and accompanying text.

<sup>1058</sup> Haynes, 2011 U.S. Dist. LEXIS 12066, at 9-12.

<sup>1059</sup> *Barnett*, 535 U.S. at 395-96.

<sup>1060</sup> *Barnett* 判決の証明責任における 2 段階アプローチについては、前掲注 958 を参照。

<sup>1061</sup> Haynes, 2011 U.S. Dist. LEXIS 12066, at 13. 原審 Haynes v. AT&T Mobility, LLC, 2010 U.S. Dist. LEXIS 141104, 26 (M.D. Pa. Nov. 17, 2010).

<sup>1062</sup> *Id.* at 14-15.

<sup>1063</sup> *Id.* at 16. 結果的に、本判決では被告の申し立てたサマリー・ジャッジメントが認められた (at 20-21)。



### (3) 小括

合理的配慮で最も議論され、合理性判断が分かれたのが、「空きのあるポジションへの配置転換」である。配置転換は、あくまで、既存のポジションでの適格性を失った労働者に対する配慮で、応募者に向けたものではないため（29 C.F.R. Pt. 1630 app. § 1630.2(o)），採用時の合理的配慮として、配置転換は考慮されない。配置転換には、前提条件として既存のポジションに空きがあること、及び、労働者がそのポジションへの適格性を満たしていることが必要である<sup>1064</sup>。

裁判では、合理的配慮としての配置転換は、障害を持つ労働者の雇用を維持し、使用者にとっても有益な労働者の喪失を防ぐことができるとする議会の意図に従い、障害を持つ労働者を障害のない労働者と同じように扱う以上のものを求めているという判断と<sup>1065</sup>，ADA 第 1 編は均等な雇用機会の提供を目的とするもので、アファーマティブ・アクションを求める法律ではないため、中立的なルールに基づく決定よりも合理的配慮を優先させる必要はないという判断に分かれていた<sup>1066</sup>。

実際に、ADA 第 1 編は差別を禁止しているのであって、障害を持つ労働者と障害のない労働者の間で区別なく適用されている中立的なルールに反する配慮を認めることは、障害を持つ労働者を優先的に扱っていると捉えられ、合理的とは認められ難かった<sup>1067</sup>。中立的なルールと対立する配置転換に関して裁判所の判断が分かれていたところ、**Barnett** 判決により、先任権制度と対立する場合、一般に先任権制度が合理的配慮よりも優先されることが示された<sup>1068</sup>。これに対して、NCD が懸念を示すように、労働協約や先任権制度は、過去の雇用上の不均衡を維持しているところも多く、これまで雇用機会が与えられなかった障害を持つ労働者にとって、他の労働者と同等に雇用上の恩恵や権利を享受することは困難である<sup>1069</sup>。ADA 第 1 編では公民権法第 7 編のような先任権保護規定が設けられていないため、先任権は配慮の合理性を判断する一要素とすることも可能であったものの、他の雇用差別禁止法で労働協約や先任権制度は保護されてきたことが強く影響し、これまでの判例法理に準じた判断がなされている

<sup>1070</sup>。

<sup>1064</sup> See *supra* notes 887-891 and accompanying text.

<sup>1065</sup> *Midland Brake*, 180 F.3d at 1164.

<sup>1066</sup> *Huber*, 486 F.3d at 483; *Humiston-Keeling*, 227 F.3d at 1028.

<sup>1067</sup> *Emrick*, 875 F. Supp. at 398; *Terrell*, 132 F.3d at 627; *Humiston-Keeling*, 227 F.3d at 1029, etc.

<sup>1068</sup> See *supra* notes 960-961 and accompanying text.

<sup>1069</sup> See *supra* notes 977-978 and accompanying text.

<sup>1070</sup> Alex B. Long (2003), *supra* note 883, at 896. 既存の連邦差別禁止法と調和する何らかの手段を維持する努力として、Long は、歴史的に、議会及び裁判所は、使用者に先任権のような制度を設けることを広く許容してきたことを理由に、**Barnett** 判決で、連邦最高裁は、使用者の裁量権の行使によってかなり根本的な方針からの逸脱を要求することは、多くの場合において、非合理的であると判示できたはずであるとしている。

他方、**Barnett** 判決で、合理的配慮が中立的なルールに反するというだけで、配慮が自動的に合理的でないと判断することはできないと示されたため、その後の下級審で、先任権制度以外の中立的なルールと合理的配慮が対立する場合の解釈に混乱が見られた。

**Barnett** 判決後に下された **Mays** 判決では、「最も適格な人を採用する方針」は、先任権制度と本質的に同じものと捉えられ<sup>1071</sup>、**Barnett** 判決後も、第 7 巡回裁判所は、**Humiston-Keeling** 判決は **Barnett** 判決と対立しておらず有効な判例であると判断していた<sup>1072</sup>。

しかしその後、EEOC が **Humiston-Keeling** 判決の再審理を求めた **United Airlines** 判決において、**Humiston-Keeling** 判決の解釈変更を行い、配置転換を希望する労働者が空席及び適格性の前提条件を満たしているのであれば、配慮として配置転換を行わなければならないとし、「最も適格な人を採用する方針」の存在は過度な負担を示すことにはならないと判断した<sup>1073</sup>。また、同時に、先任権制度のような負担を伴わない「最も適格な人を採用する方針」を認めた **Mays** 判決の判断枠組みも誤りであることを認めている<sup>1074</sup>。

その他、**Shapiro** 判決や **Kosakoski** 判決でも、ADA 第 1 編の目的に沿った、つまり、法の目的である機会均等を達成するための「優先的取扱い」は認められているとされた **Barnett** 判決に基づき、中立的なルールが存在するとしても、前提条件を満たしているならば配置転換は合理的であると判断されている<sup>1075</sup>。しかし一方で、**Haynes** 判決では、**Barnett** 判決の 2 段階アプローチを採用しながら、使用者の採用方針で通常は最も適格な候補者を採用する場合、他の候補者を差し置いて障害を持つ労働者を配置するような配慮が合理的であるということを原告は証明できていないとされている<sup>1076</sup>。

合理的配慮として障害を持つ労働者を空きのあるポジションに配置転換させることが、他の適格な労働者の異動の機会を奪うことにもなり得るため<sup>1077</sup>、配置転換を認めるかどうかの混乱は、使用者と障害を持つ労働者、また合理的配慮によって影響を受ける他の労働者との利害関係をどのように調整するか、答えを出さなければならないことあるともいわれている<sup>1078</sup>。中立的なルールに基づき誰を配置するかを決定したならば、障害を持つ労働者は選ばれない場合、合理的配慮として障害を持つ労働者を

---

<sup>1071</sup> *Mays*, 301 F.3d at 872.

<sup>1072</sup> *United Airlines*, 673 F.3d at 546-547.

<sup>1073</sup> See *supra* notes 1043-1049 and accompanying text.

<sup>1074</sup> *United Airlines*, 693 F.3d at 763-764.

<sup>1075</sup> *Kosakoski v. PNC Fin. Servs. Group, Inc.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 138234 (E.D. Pa. Sept. 26, 2013); *Shapiro*, 292 F.3d at 361.

<sup>1076</sup> *Haynes*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 12066, at 14-15.

<sup>1077</sup> 本文の意味するところは、他の労働者が空きのあるポジションへの異動を申し出ており、社内規定にのっとれば当該労働者が異動できるはずであったのに、合理的配慮が優先されて、障害を持つ労働者が当該ポジションに就くことになれば、他の労働者の異動の機会と利益を奪うことになるため、第三者の権利利益に影響する配置転換を、どこまで提供すべきかという問題が生じるということである。

<sup>1078</sup> Alex B. Long (2003), *supra* note 883, at 865.

空席のポジションに配置する必要はないとしてきた他の巡回裁判所が、第 7 巡回裁判所と同様に解釈変更を行い、裁判所の判断が統一されるかどうかは、判例の蓄積を待たなければならない<sup>1079</sup>。Barnett 判決では、中立的なルールと合理的配慮が対立する場合、自動的に配慮が合理的でないとはいえないと判示されただけで、障害を持つ労働者が配置転換に必要な前提条件を満たせば、自動的に合理的配慮が優先されるとされたわけではないため、それ以外の解釈の余地があり得る<sup>1080</sup>。また、Huber 判決のように、労働者が希望したポジションとは異なり、賃金を含めた労働条件もこれまでとは大きく低下したとしても、配置転換を行えば、合理的配慮の提供義務を履行したことになるのかどうかについても明確にされるべき課題となっている。

## 7. 合理的配慮に関するアメリカでの研究

本節では、アメリカの合理的配慮に関する学説を取り上げる。

ADA 改正前は、原告が障害を有するかどうかの最初の段階で、サマリー・ジャッジメントを阻止することができないケースが多く、本案にたどり着き、使用者が障害を持つ労働者に合理的配慮を提供する義務があるかどうかを争うケースは少なかった<sup>1081</sup>。こうした状況から、障害法の研究者も、ADA 改正前は障害の定義に関する議論に非常に多くの時間を費やしており、合理的配慮規定について論じる研究は比較的少なかったといわれている<sup>1082</sup>。

Nicole Porter は、合理的配慮規定に関する論文の数は、その他の障害法の研究領域と比較してもかなり少なく、合理的配慮規定の意味やその適用に関して相対的に注目度が低かったとしている<sup>1083</sup>。合理的配慮という複雑な問題に対処するための、ある種の統一的なアプローチを提示することなど、さらに関心が低く、そのような研究がほとんどなされなかったことが、合理的配慮の統一的な解釈が生まれていない一因であると指摘する<sup>1084</sup>。また、Michael Stein も、2004 年の論文で、Peter Blanck が行った合理的配慮にかかる費用の実証研究や、その他にも配慮の合理性判断に関する理論的研究が存在するものの<sup>1085</sup>、実際のところ ADA の合理的配慮に関しては、法的分析がされず見落とされていた領域が広いと指摘する<sup>1086</sup>。たとえば、何が合理的配慮を構成するかに関する研究が少ないことから、既存の研究で

---

<sup>1079</sup> Charles Conway, *supra* note 385, at 725.

<sup>1080</sup> See *supra* notes 1055-1063 and accompanying text.

<sup>1081</sup> Nicole B. Porter (2013), *supra* note 390 at 530.

<sup>1082</sup> *Id.* at 544.

<sup>1083</sup> *Id.* at 530-531.

<sup>1084</sup> *Id.*

<sup>1085</sup> Stein は、Pamela Karlan & George Rutherglen, J.H. Verkerke, Christine Jolls, Steward Schwab & Steven Willborn がそれぞれ取り組んでいる合理的配慮に関する研究を挙げ、さらには、Samuel Bagenstos や Amy Wax が合理的配慮と ADA の社会福祉依存の回避という規範的目的について論じている点についても紹介している。

<sup>1086</sup> Michael Ashley Stein (2003), *supra* note 417, at 82.

は、ADA の配慮の合理性を判断する際、裁判官（理論的には政策立案者）が、配慮にかかる費用の均衡や、誰が配慮費用を負担すべきかについて、どのように取り組むべきか、包括的な指針を提供できていないとしている<sup>1087</sup>。また、ADA の領域を超えて、使用者よりもむしろ社会がどのような種類の配慮を支援すべきなのかとその理由について分析することに目を向ける研究者はほとんどいないと指摘している<sup>1088</sup>。

Porter や Stein の指摘にあるように、合理的配慮の研究には未開拓の領域が存在するとしても、ADA の施行から 25 年以上が経過し、その中で、合理的配慮に関する研究が蓄積されてきている。ADA 第 1 編では、合理的配慮の不提供を差別と規定しているため、どのような配慮を提供しなければ差別となるのかという問題がかならず付随する。そこで、本節では、まず、差別禁止規定と合理的配慮規定との関係から展開している議論を中心に、合理的配慮が規定されたことの意味をどのように捉えているのか、そもそも何故、合理的配慮が必要なのかといった学説上の議論を紹介する。次に、配慮の合理性判断について研究者からなされているいくつかの提案と、第三者（他の労働者）への影響と配慮の合理性について確認する。

そして、合理的配慮にかかる費用に関して、法律上の規定も EEOC も明確な基準を示さなかったことを受けて、配慮にかかる金銭面での負担から合理性もしくは過度の負担の判断を導こうとする研究を取り上げる。最後に、ADA の枠を超えて、使用者に提供義務のある配慮の他に、社会的な利益につながる種類の合理的配慮が存在するため、社会も配慮を支援すべきとする議論がアメリカにもあることを紹介する。

#### （1） 合理的配慮規定の意義 — 合理的配慮の目的と役割

合理的配慮は、障害を理由とする雇用差別を禁止する法の中で規定され、合理的配慮の不提供は障害を理由とする差別を構成する。このような構造上、公民権法第 7 編の下で発展した差別禁止法理もしくは平等モデルの視点から、合理的配慮の概念や役割を説明する試みがみられる。

##### （ア） 平等の同一性モデルと相違モデルによる合理的配慮の位置づけ

ADA 第 1 編では、障害に基づく不利益な雇用上の決定を差別としており、障害を持つ個人を障害のない個人と同等に扱わないことは違法な差別とされる（§12112(a)）。公民権法第 7 編§ 703(a)（42

---

<sup>1087</sup> *Id.* at 82-83.

<sup>1088</sup> *Id.* at 83.

U.S.C. §2000e-2(a)<sup>1089</sup> の判例で確立した差別類型<sup>1090</sup>に当てはめると、ADA 第 1 編では、障害を理由に意図的に行われる差別（「差別的な取扱い（disparate treatment）」）<sup>1091</sup>と、障害に関して中立的に見える制度が結果として不当な差別をもたらすもの（「差別的効果（disparate impact）」）<sup>1092</sup>の両方が禁止されている<sup>1093</sup>。

その一方で、ADA 第 1 編では、合理的配慮規定により、障害を持つ個人が障害のない個人と同等の機会が得られるよう、障害を持つ個人に対して異なる取扱いが求められている<sup>1094</sup>。

こうした構造から、ADA 第 1 編は、同じ状況の人を同じように扱わないことを禁止する平等の同一性モデル（sameness model of equality）と、障害を持つ個人に配慮しないことを禁止する平等の相違モデル（difference model of equality）の 2 つのモデルを有していると説明される<sup>1095</sup>。平等の同一性モデルは、伝統的な平等モデルであり、身体的または知的、精神的障害を有する個人はある特定の職務を同等に行うことができないという偏見に基づく決断を非難し、非合法的な理由で根本的に同一である個人に対し異なる取扱いをすることを禁止している<sup>1096</sup>。他方、平等の相違モデルは、障害に関わる特徴を無視するのではなく、それらを考慮に入れて、平等に扱うために、異なる取扱いをするように求めている<sup>1097</sup>。

平等の同一性モデルだけでは、障害を持つ個人に対し平等を確保するのに十分ではなく、障害のない労働者と同じように障害を持つ労働者を扱うことは、障害を持つ労働者から均等な機会を奪うことにも

---

<sup>1089</sup> 公民権法第 7 編§703(a) (42 U.S.C. §2000e-2(a)) では、「(1) 人種、皮膚の色、宗教、性、または出身国を理由として、個人を雇用せず、あるいは雇用を拒否し、もしくは個人を解雇すること、または、その他の形で、雇用における報酬、条件、権利について、個人を差別すること。(2) 人種、皮膚の色、宗教、性、または出身国を理由として、個人の雇用機会を奪ったりその他の労働者としての地位に不利な影響を与えるような方法で、労働者または応募者を、制限、隔離、分類すること」を禁止している（日本語訳参考、中窪 裕也・前掲注 906, 195 頁）。

<sup>1090</sup> 中窪 裕也・同上, 195-196 頁。公民権法第 7 編の差別禁止規定§703(a) (42 U.S.C. §2000e-2(a)) の差別に関して判例で認められた 2 つの差別類型が「差別的取扱い」と「差別的効果」である。「差別的効果」を禁止することで、使用者が表面的に中立だが、保護されるクラスに属する人に対して不釣り合いに厳しい影響を与える雇用慣行を実施することを禁止している。現在では差別的効果のある基準を利用することを同条(k)(1)(A)で禁止している (42 U.S.C. § 2000e-2 (k)(1)(A) (2000))。

<sup>1091</sup> 障害を理由に、個人の雇用機会を奪ったり、その他労働者としての地位に不利な影響を与えるような方法で、応募者または労働者を、制限、分離、または分類したりすることは、障害を理由に適格性を有する個人を差別することに該当する (§12112(b)(1))。

<sup>1092</sup> ADA 第 1 編では、差別的効果のある基準や管理方法を利用すること (§12112(b)(3))、障害者をふるい落とすような適格性基準を適用すること（同条(b)(6)）については、明示的に禁止している。

<sup>1093</sup> さらに、公民権法違反の法的救済と同じ概念及び条文が用いられている (§12117)。

<sup>1094</sup> Nicole B. Porter (2007), *supra* note 962, at 316.

<sup>1095</sup> Karlan & Rutherglen, *supra* note 414, at 10; Carlos A. Ball, *supra* note 979, at 954-955; S. Elizabeth Wilborn Malloy (2001), *supra* note 387, at 622.

<sup>1096</sup> Karlan & Rutherglen, *Id.*

<sup>1097</sup> *Id.* at 10-11.

なり得るし、配慮がなければ、障害が職務遂行にマイナスの影響を与えることもある<sup>1098</sup>。Bonnie P. Tucker は、単なる同一取扱いでは、多くの障害を持つ人々を社会的経済的主流へと包摂することはできないことが認識された結果、ADA では、障害を持つ人々に均等な機会を提供するために、配慮概念を組み込んで公民権モデルを修正もしくは拡張しなければならないことが受け入れられたとしている<sup>1099</sup>。

(イ) 合理的配慮による異なる取扱い（相違モデル）が求められる理由

合理的配慮は、障害によって生じる制限を異なる取扱いによって除去し、障害のない個人と条件を揃えることを求めている<sup>1100</sup>。Samuel Bagenstos は、マイノリティー・グループモデル<sup>1101</sup>の下で、対等な立場にない人々を平等に扱うため、彼らに有利に働くような異なる取扱いを認めているとしていることから、これまで障害を持つ多くの人々が労働市場から除外されてきたという構造的な障壁に対処するために、ADA の法的保護の対象となる人々に合理的配慮という再分配スキームが規定されていると考えている<sup>1102</sup>。

また、Mary Crossley は、異なる取扱いは、障害を持つ個人と障害のない個人の違いによるものではなく、社会参加の観点から、社会的構造や習慣によって経験することの違いにより正当化されると説明している<sup>1103</sup>。障害を持つ人々が直面する問題は、インペアメント（障害）が直接的な影響を及ぼしているのではなく、社会が歴史的に制度や人々の意識、そして物理的環境をどのように構成してきたのかというところに存在するのであって、合理的配慮は、一般に、職場で使用者が障害のない人々のやり方を明示または黙示的に主張することで生み出される障壁に対処するものである<sup>1104</sup>。そのため、究極的には、既存の構造や慣習が持つ不公平かつ差別的効果が緩和され、障害を持つ個人にも同等の社会参加が可能となれば、障害を持つ個人と障害のない人を同じように扱うことで、公平性を確保できるようになるとしている<sup>1105</sup>。

Carlos Ball は、職場の慣習が身体的に健全な個人のニーズや利益に合わせて作られているので、当然に身体的に健全な個人には機会均等がすでに確保されている一方で、伝統的に障害を持つ労働者のニーズは使用者から無視されてきた。このことが、使用者に労働者の障害について考慮するよう ADA で義

---

<sup>1098</sup> Carlos A. Ball, *supra* note 979, at 955-956.

<sup>1099</sup> Bonnie Poitras Tucker, *The ADA's Revolving Door: Inherent Flaws in the Civil Rights Paradigm*, 62 Ohio St. L.J. 335, 344 (2001).

<sup>1100</sup> Michelle A. Travis, *Leveling the Playing Field or Stacking the Deck? The "Unfair Advantage" Critique of Perceived Disability Claims*, 78 N.C. L. Rev. 901, 957 (2000).

<sup>1101</sup> マイノリティー・グループとは、社会モデルの視座に立って、社会との相互作用によって発生する不利益を歴史的かつ構造的に被ってきた人々とされる（川島 聡「障害者権利条約と『既存の人権』」発達障害研究 32 巻 5 号（2010）396 頁）。

<sup>1102</sup> Samuel R. Bagenstos (2009), *supra* note 393, at 55-56.

<sup>1103</sup> Mary Crossley, *supra* note 962, at 888-889.

<sup>1104</sup> *Id.* at 863-864.

<sup>1105</sup> *Id.* at 889.

務づけている理由であるとしている<sup>1106</sup>。合理的配慮は、平等を確保するための異なる取扱いで、「優先的取扱い」ではないとされるのに対し、**Ball** は、障害のない個人と比べた場合、障害を持つ個人を優先的に扱うことなく使用者が障害を考慮することは多くの場合不可能であるとしている<sup>1107</sup>。法的に義務づけられた「優先的取扱い」と直面した場合、我々の社会において多くの人は、誰かが「優先的取扱い」を受けているならば、そのような取扱いを受ける権利のない人々には不公平がもたらされると想像するものであるが、これは、障害を持つ人に対する合理的配慮のケースには当てはまらないとしている。というのも、現実には、多くの場合、合理的配慮規定の通り「優先的取扱い」が実施された後でさえ、障害を持つ個人には競争上の不利益が存在しているためである<sup>1108</sup>。したがって、**ADA** で要求される合理的配慮に伴う種類の「優先的取扱い」は障害を持つ人への「特別な権利」とはならないし、機会の平等という究極の目的を達成する手段で、障害を持つ個人に不当な優位性を与えるものではないとされる<sup>1109</sup>。

そのような観点から、**Ball** は、アファーマティブ・アクションと「優先的取扱い」を同義的に用い、あらゆる種類の「優先的取扱い」をアファーマティブ・アクションと分類することが正しくないのであり、正しく理解するならば、「優先的取扱い」は、アファーマティブ・アクションよりも広く、合理的配慮のケースで、アファーマティブ・アクションを構成しない「優先的取扱い」もあるとしている<sup>1110</sup>。

#### (ウ) 差別禁止規定と合理的配慮の共通点

障害を持つ個人が直面する問題が、女性や人種的マイノリティーが直面する問題と潜在的に共通しているのは、何よりもまず平等の問題ということである<sup>1111</sup>。機会均等を確保するためには既存の社会規範に変更が必要であるという観点から、合理的配慮規定は、障害を持つ人々に特別な恩恵や利益を与えるものではなく、障害を持つ人々のニーズに配慮しない社会や職場で不利益を受けないようにするための手段であるとされる<sup>1112</sup>。そのため、合理的配慮は、条件を平等にするための手段であり、障害を持つ人々が労働市場において平等な条件のもとで競争することを可能にするために必要とされる<sup>1113</sup>。

**Samuel Bagenstos** は、反差別と合理的配慮は規範的に同値であるとする議論を展開する中で、両者が、特定のグループを社会的従属（劣位）に位置づけ、分離する仕組みを取り除こうとしている点で両

---

<sup>1106</sup> **Carlos A. Ball**, *supra* note 979, at 990.

<sup>1107</sup> *Id.*

<sup>1108</sup> *Id.* at 990-991.

<sup>1109</sup> *Id.* at 990.

<sup>1110</sup> *Id.* at 968-969.

<sup>1111</sup> **Matthew Diller**, *supra* note 370, at 31-32.

<sup>1112</sup> *Id.* at 41.

<sup>1113</sup> *Id.* at 32.

者の目的は同一であるとしている<sup>1114</sup>。たとえば、妊娠差別禁止法（Pregnancy Discrimination Act）や公民権法第7編は、均等な雇用機会を促進することを目的としており、女性労働者の妊娠や育児にかかるニーズに配慮した職場になることで、女性の経済的かつ社会的従属（劣位）を排除でき、女性が労働市場で平等に競争できるようになるとしている<sup>1115</sup>。これを受けて、合理的配慮もそのような社会構造を破壊することで、機会への平等なアクセスを保障することを目的としている点で類似性を見出している<sup>1116</sup>。

他方、Christine Jolls は、ADA 第1編に基づく合理的配慮と公民権法第7編で発展した差別的効果法理<sup>1117</sup>との類似性を指摘し、その議論は広く注目された<sup>1118</sup>。Jolls は、機会均等を保障するために費用がかかるのは、ADA に基づく合理的配慮だけに限らず、既存の差別禁止法においても差別的効果のあるものを是正するにも何らかの支出が必要であるし、差別的効果是正義務を履行するために実際には配慮を行っているとしている<sup>1119</sup>。また、Jolls は、FMLA<sup>1120</sup>について、使用者の「事業上の必要性」を認めない点で、差別的効果責任の範囲よりも広く、実際には配慮要件と類似したものとしている<sup>1121</sup>。

たとえば、表面的には中立な方針によって休暇が認められない場合、妊娠や出産を経験する女性労働者にとっては、一種の差別的効果を生じるけれども、しかし、使用者が休暇を認めないのは、女性を排除する意図があるというよりも、費用を懸念した単なる事業上の理由を反映したものであるということも考えられる<sup>1122</sup>。しかしながら、FMLA では、「事業上の必要性」を理由とする使用者の抗弁を認めず、妊娠や出産において不利な状況に置かれる女性労働者に休暇の取得を認め、差別的効果を軽減している<sup>1123</sup>。使用者にとって、差別的効果がある職場ルールを是正するためには、しばしば個々のニーズ

---

<sup>1114</sup> Samuel R. Bagenstos, "Rational Discrimination," Accommodation, and the Politics of (Disability) Civil Rights, 89 VA. L. REV. 825, 839 (2003).

<sup>1115</sup> *Id.* at 859-860.

<sup>1116</sup> *Id.* at 860.

<sup>1117</sup> See *supra* note 1090. 差別的効果法理とは、公民権法第7編において発展した考えで、使用者が表面的に中立だが、保護されるクラスに属する人に対して不釣り合いに厳しい影響を与える雇用慣行を実施することを禁止している理論である。

<sup>1118</sup> Jolls の合理的配慮と差別的効果法理の類似性に関する見解に基づき、独自の議論を展開したものとして、Mary Crossley, *supra* note 962, at 916-919; Michael Ashley Stein, Same Struggle, Different Difference: ADA Accommodations as Antidiscrimination, 153 U. Pa. L. Rev. 579, 591-593 (2004); Samuel R. Bagenstos (Rational Discrimination), *supra* note 1114, at 834-836, 866 など。

<sup>1119</sup> Christine Jolls (2001), *supra* note 312, at 652. 本論文の日本語要約については、長谷川珠子

(2005)・前掲注 313 を参照。Jolls は、行動経済学的な考え方を法学に取り込み、ADA に関しても経済学的分析を試みている。特に、理論的に配慮義務が障害を持つ個人の雇用や賃金を減じる方向に働く可能性を指摘した Jolls の分析は広く参照されている (Michael Ashley Stein (2003), *supra* note 417, at 111-113; Jasmine E. Harris, PROCESSING DISABILITY, 64 Am. U.L. Rev. 457, 482-483 (2015) など)。

<sup>1120</sup> 本章「5 (4) 会社の休職（休暇）制度や FMLA に基づく休職と配慮の関係」を参照。

<sup>1121</sup> Christine Jolls, *supra* note 312, at 652.

<sup>1122</sup> *Id.* at 662.

<sup>1123</sup> *Id.* at 680.



や環境に対して特別な費用負担を求められる可能性もあり、実際に重要な側面には配慮が含まれているとしている<sup>1124</sup>。

差別的効果は、意図的差別のない状況でも発生するものであり、すなわち、使用者が、特定の属性を理由に、特定のグループに対して異なる取扱いをする意図を有していない状況においても発生し得る<sup>1125</sup>。Jolls が注目した判例 **Bradley v. Pizzaco of Neb., Inc.**<sup>1126</sup>では、ピザ屋で働く従業員は髭を剃っておくことという服務規律が差別的効果を有するかどうか争われ、労働者側に有利な判決が下された<sup>1127</sup>。黒人の男性には、髭を剃ることが難しい者がいることから、当該服務規律が黒人を排除する意図はなくても差別的効果を有すると判断された<sup>1128</sup>。仮に、特定のグループを排除する意図があったのではなく、ピザ屋の店員は髭を剃っていて欲しいという大多数の顧客の意見に基づき、事業運営上、そのようなルールを設けていた場合、それを止めることで、使用者には特別な費用が発生する可能性もある<sup>1129</sup>。

これを受けて、人種や性別を理由とする差別禁止規定では、自身に対する差別被害を訴えることができるが、自分達に有利なように差別を主張することはできないことを理由に、個人のニーズに応じて「合理的な配慮を行う」ことを要請できる ADA 規定とは根本的に異なるとする主張に対し、Jolls は、Bradley 判決のように一見して中立的なルールでも差別的効果の観点から修正が求められ、実際には、差別的効果の問題として配慮が行われていることを見落としていると反論している<sup>1130</sup>。

Mary Crossley も、ADA では特定の個人のニーズに合わせて配慮を提供することを求める点で、均等な取扱いを求める公民権法第 7 編とは異なるとする指摘に対し<sup>1131</sup>、公民権モデルが同一取扱いによってマイノリティーの権利を保障しようとしていることと、合理的配慮の提供によって障害のない個人と障害を持つ個人との条件を揃え、平等に競争する権利を保障しようすることは、他の差別禁止法と概念的に同じであるとしている<sup>1132</sup>。水飲み場の「白人専用 (White Only)」の掲示を外すことが、有色人

---

<sup>1124</sup> *Id.* at 670. 差別効果法理の適用範囲を限定するためのメカニズムとして、差別的効果のある選考基準は違法とするが、差別的効果のある職務要件は認めることについて、候補者が一度採用されても、職務要件にあわないということで解雇される可能性が高いため、Jolls はこのメカニズムを全く支持していない。つまり、差別的効果のある職務要件も是正されるべきだと考えている。

<sup>1125</sup> *Id.* at 654.

<sup>1126</sup> 7 F.3d 795 (8th Cir. 1993).

<sup>1127</sup> *Id.* at 797-799.

<sup>1128</sup> Christine Jolls (2001), *supra* note 1119, at 654-656.

<sup>1129</sup> *Id.*

<sup>1130</sup> *Id.* at 667.

<sup>1131</sup> Mary Crossley, *supra* note 962, at 885-886.

<sup>1132</sup> *Id.* at 898-901. 矯正的公正の観点から、排他的社会構造により機会均等が否定されていることは修正されなければならないとしている。また、Crossley は、障害を持つ個人を障害のない個人と同等に扱うために異なる取扱いが求められるのであり、障害を持つ人々の社会参加を妨げる差別的かつ排他的な障壁を取り除くための配慮は、障害を持つ人々の平等のための手段とみなされるとしている (*Id.* at 884)。

種に対する特別な恩恵ではなく、差別の終焉とみなされたように、障害を持つ個人の社会参加を妨げる社会的障壁を除去する義務も、障害を持つ個人への特別な恩恵ではなく、差別をなくす手段として捉えられるべきとされる<sup>1133</sup>。

一方、合理的配慮の不提供が差別を構成することについては、単に意図的な差別を禁止する規定では、自らの障害を持つ人々に対する偏見を認識していない使用者の行為にほとんど影響を与えることはないため、使用者に対して意図的でない差別に目を向けさせ、職場は中立的に構成されたものではなく、障害のない多数派によって、多数派のために作られていることを認識させる効果を求めたとされる<sup>1134</sup>。言い換えれば、障害を持つ労働者の必要に配慮しない使用者は、無意識に、障害のない人々に競争上の優位性を与えており、障害を持つ人々に対して偏見を抱いているものとして扱うのが適当であると考えられている<sup>1135</sup>。

## (2) 配慮の合理性を判断するための統一的なアプローチ

本項では、配慮の合理性をどのように判断すべきかという視点から、合理的配慮に関する研究に取り組んでいる研究者を紹介する。合理的配慮は、同一扱いでは障害を持つ人への平等を確保できないため、職場にある障壁を除去し、障害を持つ個人が均等な機会を得られるよう、条件を揃えるためのものである。ただし、そのような解釈を前提としても、ある特定のポジションにおいて、障害のない個人との機会を均等にするために、条件を揃えるのか、それよりも広く労働市場全体に広がる不公平な条件を是正するのか、どのような範囲で条件を揃えるのかという疑問は残り、配慮の合理性を判断するためには、さらに合理的配慮の位置づけを考えなければならない。

そこで、以下では、どのように配慮の合理性を判断すればよいかを提案する数少ない研究を取り上げる。**Mary Crossley** は、どのような配慮が **ADA** の目標を推進するために必要かという観点から合理的配慮の枠組みを明確にしようとしている。社会的障壁の存在が障害を持つ人を職場から排除する負の影響を持つのであればそれは差別となることから、配慮が職場で障害を持つ個人の職務遂行を妨げる障壁を除去するために機能するかどうか、そうした社会的障壁が障害を持つ個人に対する無関心から生じているかどうかを基準に配慮が合理的かどうかを判断することを提案している。一方、**Mark Weber** は、条文上の規定や議会の意図を重視している。そして、制定法上の規定に沿って解釈すべきであると主張

<sup>1133</sup> *Id.* at 890, 895. 「車椅子の人は立入禁止」と掲示することは明らかな差別であるが、階段でしか入口にアクセスできない物理的障壁をそのままにしておくことも、排他的影響としては類似している。これは、黒人への差別意識がなくても、社会的期待に従い黒人分離を行った場合のどちらも差別に該当するのに近いとされる。

<sup>1134</sup> **S. Elizabeth Wilborn Malloy** (2001), *supra* note 387, at 623-624.

<sup>1135</sup> *Id.* at 624.

し、要求された配慮が過度な負担をもたらすかどうかによって合理的配慮義務の有無を判断しようとする立場を取っている<sup>1136</sup>。Nicole Porter も、多くの裁判所の合理的配慮に関する判断が、議会の意図とは反するものであるとする Weber の主張に同調しつつ、さらに、ADA が障害を持つ人々の社会給付依存を減らすことを目的としていることを考慮した上で、Martin 判決で示された競争上の公平性という枠組みを用いて、合理性を判断するための基準を提示している。

(ア) M. Crossley

Crossley は、差別への救済という視点から、配慮の合理性を判断しようとしている。そのため、裁判所は、障害を持つ個人から要求された配慮が、障害を持つ個人の機会均等を妨げる社会的障壁を除去し、差別に対する救済として機能するかどうかを考慮すべきとしている<sup>1137</sup>。そして、配慮としてどの程度まで社会的に作られた障壁を除去し、変更する必要があるのかという疑問に対し、根本的に制度解釈は、ADA の目的に基づくべきとしている<sup>1138</sup>。

まず、ADA の第 1 の目的は、障害を持つ人々のアメリカ社会への完全かつ平等な参加である。その場合、あらゆる障壁を除去するための配慮は合理的である。障害を持つ個人が仕事で成功する力を妨げる不平等なルールが継続的に存在していることは、職場での不平等な機会を許容していることになる。さらに、社会的障壁が原因となって、障害を持つ労働者が隔離され、目に見えて異なる取扱いがされること自体が、障害を持つ労働者が経験するスティグマに寄与する恐れがあるとしている<sup>1139</sup>。

第 2 の目的は、障害を持つ人々の労働市場への参加を増やすことである。したがって、合理性を評価するための基準として、要求された配慮は障害を持つ個人の（ある職務からの排除ではなく）労働市場からの排除を回避するために必要かどうかを問うべきという提案をしている<sup>1140</sup>。このアプローチは、使用者が援助する配慮は、社会生活に参加するために配慮を必要とする個人に限って求められるべきであり、もし、配慮がなくても「医学的な観点から明白に障害がある」人々が差別される状態を回避できるならば、配慮の否定も正当化され得るとする Kelman の根拠に近い<sup>1141</sup>。ただし、Crossley は、要求された配慮が、障害を持つ個人が希望する特定の職務の遂行を可能にするために必要なものであっても、当該個人がその他の職務であれば配慮なしに遂行できる場合、労働市場への参加のための配慮は必要ないと狭く解釈することは適切ではない、それを理由に、要求された配慮を「合理的」でないと判断すべきではないとしている<sup>1142</sup>。何故ならば、職場での機会均等という ADA のより広い目標に合致して

<sup>1136</sup> Mark C. Weber, *supra* note 586, at 1178.

<sup>1137</sup> Mary Crossley, *supra* note 962, at 947.

<sup>1138</sup> *Id.* at 954-955.

<sup>1139</sup> *Id.* at 951.

<sup>1140</sup> *Id.* at 952.

<sup>1141</sup> *Id.* at 952-953; Mark Kelman, Market Discrimination and Groups, 53 STAN. L. REV. 833, 846 (2001).

<sup>1142</sup> *Id.* at 952-953.

いないし、さらに、ADA 規則の「障害を持つ個人が本質的職務機能を遂行することを可能にするための」とする合理的配慮の定義にも合致していないからである<sup>1143</sup>。

一方、Crossley は、些細なように思える障壁であっても、心理的またはスティグマ的な負の影響を与え得ることは理解しているが、同時に、すべての障壁に使用者の対応を求めることができないことも理解している<sup>1144</sup>。その点を踏まえ、配慮が合理的かどうかを判断する際、単に労働者が職務遂行のために配慮を必要とするかどうかだけでなく、配慮が、障害を持つ個人の職務遂行を妨げる障壁を除去するために機能するかどうか、さらに、その障壁は、障害を持つ個人に対する社会的無関心に起因するものかどうかを考慮すべきとしている<sup>1145</sup>。

これらの問いは、どうして合理的配慮の不提供が障害差別とみなされるかと同時に、どのような配慮が ADA の中核的目標を推進するために必要かを理解するための助けとなる。Crossley は、社会的障壁の存在が障害差別となることを 2 つの側面から説明している。ひとつは、障害を持つ個人が変更を求める方針や慣習や物理的構造物が、仮に幅広く障害を持つ人々が、歓迎され、普通に、そして、完全に参加している社会の構成員であれば、存在しないと考えられるならば、それは差別とみなされる<sup>1146</sup>。もうひとつは、配慮と差別的効果法理の関係から、障害を持つ個人が修正を求める方針や慣習や物理的構造物が、職場から障害を持つ人々を不釣り合いに排除する負の影響を持つのであれば、それは差別であるとしている<sup>1147</sup>。それ故、それらの除去や修正は、ADA の目的を促進するものとしてみなされ得る。

反対に、障害を持つ個人の職務遂行を妨げるものが完全に障害と無関係であるか、単にインペアメントに付随する機能的な制限から生じるものであれば、障壁の除去は、障害を持つ個人の雇用や雇用の維持に貢献し得るとしても、障害差別を救済するために機能するとはいえないし、「合理的」とみなされるべきではないとしている<sup>1148</sup>。

社会が解体されるレベルには必然的に限界があり、公民権法においても、差別的効果のあるものすべてが第 7 編違反となるのではなく、すべての中傷が訴訟可能な敵対的職場環境となるわけではない<sup>1149</sup>。Crossley の基準では、労働者の障害から直接的に生じる制限と、これまでの社会の選択から形成された社会的構造によって生じる障壁とを区別することが求められており、後者に対応することが合理的配慮であるとしている<sup>1150</sup>。

---

<sup>1143</sup> *Id.* at 953.

<sup>1144</sup> *Id.* at 953-954.

<sup>1145</sup> *Id.* at 954-955.

<sup>1146</sup> *Id.* at 947-948.

<sup>1147</sup> *Id.* at 948.

<sup>1148</sup> *Id.*

<sup>1149</sup> *Id.* at 954.

<sup>1150</sup> *Id.* at 953-954.

(イ) M. Weber

Weber は、合理的配慮と過度な負担とはコインの表裏の関係にあり、合理的配慮を「合理的」か「非合理的」かという「過度な負担」とは異なる基準で判断すべきではないとし、「過度な負担」にならないにもかかわらず、要求された配慮を「非合理的」という基準で認めないことに反対している<sup>1151</sup>。

Weber の主張によると、それら「非合理的」と「過度な負担」は 2 つの異なる基準ではなく、「過度の負担」に至らない配慮は提供する義務があるとしている<sup>1152</sup>。その上で、「過度な負担」をもたらすかどうかの判断は、費用対便益分析によるのではなく、合理的配慮にかかる費用と使用者の有する総合的な資源との対比で考えるべきとしている<sup>1153</sup>。

Weber は、合理的配慮と過度な負担の正しい意味を判断するための最も賢明なアプローチとして、法律上の規定、制定の歴史、法律の実行を担う行政機関（EEOC）の解釈（29 C.F.R. § 1630）、そして法律が通過した社会的背景を分析することを掲げている<sup>1154</sup>。それによると、障害を持つ個人の雇用分野における完全参加のために、合理的配慮によって現在存在している障壁を取り除くことが求められている。したがって、Weber は、使用者が中立的なルールを盾に配慮を排除するべきではないと主張をしている<sup>1155</sup>。

そのため、Weber は、裁判所が合理的配慮として認めていない新しいポジションを作ることや、一時的な軽作業の仕事を正規のものとして与えることなど、これらが過度の負担となるかどうかにかかわらず否定されることについて批判的である<sup>1156</sup>。さらに、在宅就労やシフト変更などは、既存の交通手段で通勤することが難しい人のために配慮する最も論理的な対応であるとして、合理的配慮として認められ得るとしている<sup>1157</sup>。

(ウ) N. Porter

Porter は、ADA 第 3 編の Public Accommodation について争われた最高裁判決 PGA Tour, Inc. v. Martin<sup>1158</sup>で用いられた判断枠組みに基づき、独自の合理性判断基準を提案している。すなわち、要求さ

<sup>1151</sup> Mark C. Weber, *supra* note 586, at 1124.

<sup>1152</sup> *Id.* at 1148.

<sup>1153</sup> *Id.* at 1136.

<sup>1154</sup> *Id.* at 1125.

<sup>1155</sup> *Id.* at 1148-1151.

<sup>1156</sup> *Id.* at 1157.

<sup>1157</sup> *Id.* at 1158.

<sup>1158</sup> 532 U.S. 661(2001). 障害を持つゴルファーがゴルフトーナメントの PGA ツアーに出場する際にカートの使用を「合理的配慮」として求めた件につき、それを認めるか否かが争われた。「本件での核心的な争点は、Martin にカートの使用を許容することが PGA トーナメントの性質に『根本的変更』をもたらすか否か、である。（中略）PGA が Martin の状況を考慮することなく、一律にいかなるルールの変更も競技の本質を根本的に変更するとしたことは、ADA の目的と明文の規定に反する、と判示した。そして本判決は、ゴルフにおいて歩くことは重要ではないと評価し、Martin がカートを使用しても、カートの乗り降りや歩行（ショットをしたり、グリーン上でのパット）による疲労は障碍のないプレーヤ

れた配慮が (A) 使用者と労働者の関係に影響を及ぼす (使用者に負担のかかる配慮) かどうか (B) 障害を持つ労働者に競争上不公平な利益をもたらす (他の従業員に負担をかける配慮) かどうかという判断基準である<sup>1159</sup>。

合理的配慮を提供する使用者の義務という文脈において、(A) の基準は、どのような配慮が使用者と労働者の関係の範囲内にあるのかという意味で使用される<sup>1160</sup>。つまり、雇用関係上必要な配慮を要求するのであるから、使用者と労働者の関係を越えるようなものは不適切であると考えられる。その上で、配慮が使用者の責任範囲にある障壁 (物理的なものであれ、構造的なものであれ) を取り除くものである限り、配慮は与えられるべきであるとしている<sup>1161</sup>。この基準を用いる際は、「要求されている配慮は使用者と労働者の関係の範囲に入る種類の配慮かどうか」と問うことも可能で、次の 4 種類の配慮が使用者と労働者の関係の範疇に入るとしている。①職場の物理的な構造をアクセス可能なものにする、②道具や装置を含む労働環境をアクセス可能なものにする、③シフトやスケジュールを変更すること、④障害のない人々向けに作られたルールや構造といった職場の微妙な障壁を排除すること、である。要求された配慮が合理的か、合理的でないかを裁判所が判断する際は、配慮がこの 4 種類のカテゴリーに該当するかどうかを決定し、該当する場合は「合理的」、反対に該当しない場合は「合理的でない」とすることが可能であるとしている<sup>1162</sup>。これによると、合理的配慮として認めるかどうか判断が分かれている在宅就労や通勤支援、シフト変更なども「合理的」な配慮に入ることになる。ただし、通勤の支援は、使用者と労働者の関係の範囲に含まれるとしながらも、移動手段

(Transportation) の提供は、そのような提供を通常行っていない場合には、使用者と労働者間の関係の性質を変更する配慮に当たるとしている<sup>1163</sup>。

Porter は、(B) の基準に関して、もし配慮が他の労働者に負担をかける場合には、配慮が障害を持つ労働者に不公平な利益を与えるかどうかを判断して、配慮が「合理的」であるかどうかを決定すべきであるとしている<sup>1164</sup>。そこで Porter は、不公平な利益を与えるか否かの判断は、労働者が雇用され続

---

一よりも大きいと認定した。それゆえ、本判決は、Martin にカートの使用を認めるというルールの修正がトーナメントの性質を根本的に変更するとまでいうことはできないと判示した。」(青柳 幸一・前掲注 316, 73-74 頁。)

<sup>1159</sup> Nicole B. Porter (2013), *supra* note 390, at 562-566. 完全に適合するわけではないが、PGA Tour, Inc. v. Martin 行われた 2 つの質問、(A) 配慮が根本的にゴルフの試合の本質的側面を変更するかどうか、(B) ゴルフカートの使用は、競争において不公平な利益を原告に与えるかどうか、を第 1 編の雇用分野においても適用できるとして類似の質問に置き換えている。

<sup>1160</sup> *Id.* at 562-563.

<sup>1161</sup> *Id.* at 571.

<sup>1162</sup> *Id.* at 570-571.

<sup>1163</sup> *Id.* at 567-569.

<sup>1164</sup> *Id.* at 571.

ける可能性があるかないかで区別することが重要であるとしている<sup>1165</sup>。雇用され続けることを可能にする配慮が複数ある場合は、使用者は、より負担のない配慮を選択することが出来る。この場合、その配慮がなければ解雇されるような最終手段の配慮であれば、雇用され続けるように配慮を提供することは、不公平な利益を与えることにはならない<sup>1166</sup>。それ故、Porter は、これまでの Barnett 判決や Huber 判決で、障害を持つ労働者の利益が他の労働者の利益に勝ったとしても、不公平な競争上の利益を与えることにはならないであろうとしている<sup>1167</sup>。

### (3) 具体的な状況における合理性判断－空きのあるポジションへの配置転換

本項では、空きのあるポジションへの配置転換を中心に、具体的な状況における配慮の合理性判断について検討する。議会が ADA を成立させた主要な動機のひとつは、障害を持つ人々がアメリカの労働市場に参加し、その状態を維持することに寄与すると考えたからである<sup>1168</sup>。そして配置転換は合理的配慮の中でも特に障害を持つ個人の雇用を維持するため機能を有しているといえる<sup>1169</sup>。しかし現実には、個別の状況の中で、空きのあるポジションへの異動を希望する他の労働者と、配置転換を要求する障害を持つ労働者のどちらが空席を獲得するかが問題となっている。使用者と障害を持つ労働者の二者の関係だけで収拾できない、他の労働者（第三者）も関わる配慮について、合理性をどのように判断するかは、配置転換の文脈で多く議論されているところであり、学說的にどのような議論がなされているかを概観する<sup>1170</sup>。

ちなみに、ADA 規則では、過度な負担の判断要素として、「他の労働者が自身の職務を遂行する能力に与える影響」（29 C.F.R. § 1630.2(p)(2)(v)）が考慮されている。しかしながら、以下に紹介する研究では、過度な負担の判断要素か、合理性判断かの線引きが明確にされないままに、他の労働者への影響が合理性判断の中で議論されている。そのため、本稿でもそれに従い、特に過度な負担の範疇かどうかという点は問題としない。

合理的配慮として要求される配置転換に関して、Befort & Donesky は、アフーマティブ・アクションであれば、あるクラスのメンバーを優遇することで、他のクラスのメンバーの雇用機会を奪うことも

---

<sup>1165</sup> *Id.* at 571-573.

<sup>1166</sup> *Id.* at 573-574.

<sup>1167</sup> *Id.* at 575-577.

<sup>1168</sup> Befort & Donesky, *supra* note 395, at 1046.

<sup>1169</sup> 障害を持つ個人の労働市場への参加を阻む障壁を除去する配慮とは機能的に性質が異なるところがあり、配置転換の合理性判断について扱うアメリカの学説での議論を本項で取り上げる。

<sup>1170</sup> 合理的配慮として障害を持つ労働者に対し空きのあるポジションに就くことを認めることで、当該ポジションへの異動を希望していた他の労働者の機会を奪うことになる場合、特に使用者の設けた中立的なルールにのっとれば、他の労働者に異動する権利がある場合に、他の労働者ではなく障害を持つ労働者の配置転換を優先させなければならないかどうかが問題となる。

ある一方、配置転換は採用時に考慮されるものではないため、他の労働者を解雇したり、不採用にしたりすることはないことから、両者の概念は十分に異なり、公平性の観点で正当化されるとしている<sup>1171</sup>。

また、ADA 第 1 編の下での配置転換は、以下の点で、従来の差別禁止法と異なるとされる。第 1 に、ADA 第 1 編に基づく合理的配慮として法律上、配置転換が明示的に例示列举されていること<sup>1172</sup>、第 2 に、議会は、労働協約の存在が使用者が配置転換を拒否できる絶対的な抗弁として認めていないこと<sup>1173</sup>、最後に、下院の報告書には、ADA 第 1 編施行後の労使交渉による同意には、使用者が ADA を遵守するために必要な行動を取ることを認める規定を含める義務が使用者と交渉団体にあるとしていることである<sup>1174</sup>。Barbara A. Lee は、これらの違いに加え、議会が過度の負担の判断において公民権法第 7 編の下で争われた Hardison 判決の判断基準を否定していることから<sup>1175</sup>、ADA 第 1 編での配置転換に関する取扱いについて、裁判所はリハ法にの下の判例法理を拒否し、リハ法とは異なる判断をすることが求めらるとしている<sup>1176</sup>。そして、労働協約に反する配置転換に関して、使用者にとって過度な負担となるかどうかを判断するべきで、他の労働者の利益とのバランスを考慮すべきというのは誤ったアプローチであるとしている<sup>1177</sup>。

反対に、Alex B. Long は、Barnett 判決を受けて、他の労働者が合理的配慮によって負の影響を受ける可能性に焦点を当て、どこまでの合理的配慮が認められるかを検討している<sup>1178</sup>。Long の見解では、過度な負担の抗弁は、使用者への負担だけでなく、巻き添えとなる第三者（Innocent Third Party）を保護し、同じような状況にある労働者間の不公平を防ぐ手段とされている<sup>1179</sup>。Long は、裁判所が、他の労働者により長時間よりハードに仕事をさせることになるような配慮、また、合法で非差別的な方針と対立する配慮を合理的でないと判示しているのは、他の労働者への影響を考慮した結果と考えている<sup>1180</sup>。また、労働者のモラルの低下が最終的に使用者に影響することに焦点を当て、ADA またはリハ法

<sup>1171</sup> Befort & Donesky, *supra* note 395, at 1086.

<sup>1172</sup> See *supra* notes 872-875 and accompanying text. 1992 年のリハ法改正前まで、リハ法の合理的配慮規定には明示的に配置転換が含まれていなかった。

<sup>1173</sup> H.R. Rep. No. 101-485, pt. 2, at 63 (1990).

<sup>1174</sup> *Id.*

<sup>1175</sup> See *supra* notes 405-407 and accompanying text.

<sup>1176</sup> Barbara A. Lee, Reasonable Accommodation Under the Americans with Disabilities Act: The Limitations of Rehabilitation Act Precedent, 14 Berkeley J. Emp. & Lab. L. 201, 223 (1993).

<sup>1177</sup> *Id.* at 223-224.

<sup>1178</sup> Alex B. Long (2003), *supra* note 883, at 863. Long が他の労働者に影響する配慮の合理性を如何に判断するかについて具体的な提案をしていることに関して、Porter は具体的に提案したのは Long だけで、Long の論文は読むに値すると述べている (Nicole B. Porter (2007), *supra* note 962, at 333)。

<sup>1179</sup> Alex B. Long (1998), *supra* note 420, at 1349-1350.

<sup>1180</sup> *Id.* at 878-885. Long の論文は 2003 年に掲載されたもので、この当時は「最も適任な人を採用する方針」が使用者が有する場合は、最も適任な人を不採用にしてまで、合理的配慮による配置転換を優先する必要はないとする意見が主流であった。



の下で、配慮が、他の労働者のモラルの低下を引き起こすという事実は、過度の負担の存在を証明するのに十分であると複数の裁判所が判示していることもその主張を下支えしている<sup>1181</sup>。さらに、本質的な職務が遂行できることという要件についても、使用者が職務の再編成の一部として本質的な機能を変更する必要はないということだけでなく、他の労働者への影響も限定する効果があるとしている<sup>1182</sup>。

Long が配置転換に焦点を当てて配慮の合理性を判断するために提案している基準は、要求された配慮が他の労働者の契約上の権利を侵害する場合、または、そうでなければ、解雇、不採用、降格、昇進や昇給の機会の減少など敵対的雇用行為（Adverse Employment Action<sup>1183</sup>）をもたらす場合には、配慮は「合理的でない」とするものである<sup>1184</sup>。もし配慮をしても、他の労働者に対して敵対的雇用行為をもたらさないならば、過度の負担の抗弁や合理的配慮要件に関して既に形成されたその他ルールで、使用者が配慮を提供しなければならないかどうかに関する問題の多くを解決できるとしている<sup>1185</sup>。Long は、Barnett 判決の結論には賛成しつつ、そのアプローチとして、一貫して労働者を一律に取扱うことへの期待を強調するのではなく、目に見える形で他の労働者に与える影響を強調すべきであったとしている<sup>1186</sup>。

Stephen F. Befort は、より適格な候補者を採用すれば、障害を持つ労働者は職を失うことになるが、反対に、障害を持つ労働者に配置転換を認めた場合、より適格な候補者には障害を持つ労働者ほど大きな影響はないため、「最も適格な人を採用する方針」と対立した場合でも、障害を持つ労働者への配慮として配置転換を行うことは、合理的であるとしている<sup>1187</sup>。また、障害によって現在の職務の本質的な機能の遂行が困難になった労働者がラストチャンスとして空きのあるポジションへの配置転換を求めているにもかかわらず、「最も適格な人を採用する方針」が例外なく適用され、当該労働者が候補者の中

---

<sup>1181</sup> Alex B. Long (2003), *supra* note 883, at 874; Barth v. Geib, 2 F.3d 1180, 1189-90 (D.C. Cir. 1993); Holt v. Olmsted Township Bd. of Trs., 43 F. Supp. 2d 812, 824 (N.D. Ohio 1998).

<sup>1182</sup> Alex B. Long (2003), *Id.* at 875. 適格性を求めることで、障害を持つ労働者の本質的な職務機能を他の労働者に分担させたり、長時間働かせたりすることを防いでいるとしている。

<sup>1183</sup> See EEOC, Title VII/ADA/ADEA/EPA: Statutes Enforced, Charge/Claim Statistics Kept, June 7, 2007, available at [http://www.eeoc.gov/eeoc/foia/letters/2007/titlevii\\_ada\\_epa\\_statutes.html](http://www.eeoc.gov/eeoc/foia/letters/2007/titlevii_ada_epa_statutes.html) (last visited 2018/01/26). 敵対的行為は、採用、解雇、昇進、賃金、その他雇用条件など、雇用上のあらゆる面で関わり得る。また、敵対的行為は、ハラスメントが深刻またはまん延している場合、人種、肌の色、性別、宗教、出自、年齢、障害によって動機づけられた職場でのハラスメントを含み得る。

<sup>1184</sup> Long は、ADA 第 1 編と公民権法第 7 編では差別に対するアプローチが違い、ADA 第 1 編では障害を持つ個人に対して異なる取扱いをするよう使用者に求めているが、全体を考慮すれば、公民権法第 7 編の判決の方が、他の労働者に実質的な被害をもたらすような異なる取扱いに関して、裁判所が真摯に公平な関心を向けていたとしている。(Alex B. Long (2003), *supra* note 883, at 900-901.)

<sup>1185</sup> *Id.* at 901.

<sup>1186</sup> *Id.* at 897.

<sup>1187</sup> Befort & Donesky, *supra* note 395, at 1088-1090. 使用者が配置転換を拒否するのであれば、障害を持つ労働者をそのポジションに配置することが過度の負担となることの証明を求めるべきだとしている。

で最も適格である場合に限り、配慮が合理的となるのであれば、多くの場合は失業に至り、障害を持つ個人を社会、経済の主流に加えるという ADA の目的は損なわれるとしている<sup>1188</sup>。しかし、Befort は、労働協約と合理的配慮が対立する場合、労働協約が優先されると裁判所が判断していることに異論はなく、また、先任権制度のように（労働協約に基づかない先任権制度を含め）、合法的かつ事業上の理由が存在する中立的なルールと対立する場合、配慮は合理的でないとしている<sup>1189</sup>。つまり、Befort は、障害を持つ労働者が最も適格な候補者でなくても、配置転換は合理的配慮として求められるとする理由を、そうでなければ、障害を持つ労働者を社会経済の主流に加えるという ADA の目的を奪うことになるとしている一方で、中立的な方針が真正で確立したものであることを示すことで、配置転換が制限される理由になるとしている<sup>1190</sup>。これに対して、Long は、Befort の提案した基準は一貫していないと批判している<sup>1191</sup>。

ちなみに、Charles Conway は、「最も適格な人を採用する方針」よりも合理的配慮が優先される理由を、使用者が適格性を満たした候補者の中から採用者を決定する際、より適格であると決定づける根拠は多様で、誰を採用しても、他の人よりも適格であることを正当化できるためとしている<sup>1192</sup>。そのため、障害を持つ労働者が適格性を有しているという最低条件を満たしている場合、合理的配慮を優先させても特に混乱を生じることはないとしている<sup>1193</sup>。

他方、Nicole Porter は、Long の提案した基準は、合理的配慮が提供されないことによって障害を持つ労働者が受ける不利益を考慮していない点を指摘している。つまり、他の労働者を保護するために合理的配慮が提供されず、結果として障害を持つ労働者が失業するという負の影響との比較がなされていないとしている<sup>1194</sup>。Long と反対に、Porter は、Barnett 判決において最高裁が導いた結論に反対している<sup>1195</sup>。Barnett 判決で、先任権制度が合理的配慮の提供義務に勝るものであると判示したことは誤りであると指摘し、その理由として以下のものを挙げている<sup>1196</sup>。①先任権で優位にいる労働者に確保されていたポジションを奪ったわけではなく、単に原告にも先任権があるポジションに、原告よりも優位な先任権を有する労働者が存在しただけであったこと、②相対的に先任権が低いという事実は単に考慮されるべき一要因であり、決定的なものではないこと、③本件の先任権制度は使用者が一方的に設けたも

---

<sup>1188</sup> *Id.* at 1088-1089. 同様の見解を Conway も示している (Charles Conway, *supra* note 385, at 745-746)。

<sup>1189</sup> *Id.* at 1091-1092.

<sup>1190</sup> *Id.* at 1093-1094.

<sup>1191</sup> Alex B. Long (2003), *supra* note 883, at 902; Befort & Donesky, *supra* note 395, at 1088-1093.

<sup>1192</sup> Charles Conway, *supra* note 385, at 737.

<sup>1193</sup> *Id.*

<sup>1194</sup> Nicole B. Porter (2007), *supra* note 962, at 335.

<sup>1195</sup> *Id.* at 324.

<sup>1196</sup> *Id.* at 328-330.

ので、使用者が違反によって金銭的な賠償を負うこともある労働協約に基づくものではなかったこと、④議会は労働協約について使用者は組合と ADA に基づく配慮を認めるために交渉すると考えており、一方的に設けられた先任権制度においては、ADA に基づく配慮を許容する条項を含めるべきと考えていたと思われること、⑤ADA では合理的配慮の不提供の抗弁としてどのような種類の先任権制度も認めていないことから、議会の意図は明確に Barnett 判決の結論とは異なることが暗示されているとしている<sup>1197</sup>。

Porter の主張の前提には、使用者が、多くの場合、これまでの雇用慣行を変えることを望まないため、結果として、障害を持つ労働者、あるいは、私生活で育児や介護などを担う労働者にとって不利益のある環境が存在するという考えがある<sup>1198</sup>。また、リハ法と同様に先任権制度を保護したとする見解にも反対し、議会在 ADA では配置転換を合理的配慮のひとつとして明記しており、リハ法とは異なることを指摘している<sup>1199</sup>。そのため、Porter は、Barnett 判決のような結論を導きださないためにも、合理的な配慮か否かの明確な線引きができるような独自の基準を提案している。

Porter は、労働者間の利害関係が絡む場合には、失業という点で線引きし、合理性判断の基準に失業の深刻さを考慮することを提案している<sup>1200</sup>。これは、障害を持つ労働者の場合だけでなく、障害のない労働者の場合にも適用され、配慮によって他の労働者が失業するのであれば、そのような配慮は提供されるべきではないと考える<sup>1201</sup>。Porter も Befort と同様に、障害のない労働者が、合理的配慮として配置転換を要求している障害を持つ労働者とあるポジションを争う場合、障害のない労働者は最悪の場合でも次の空きがでるまで現在のポジションで仕事を続けるだけであるが、一方で、障害を持つ労働者はより深刻で、配置転換は最終手段としての配慮であり、配置転換が認められなければ、最悪の場合、職を失うことになることを指摘している<sup>1202</sup>。そのため、Porter は、合理的配慮が障害を持つ労働者の失業を食い止める最後の手段である場合、他の労働者を解雇せざるを得ない場合を除き、その配慮は合理的なものであるとする規定を議会が設けるべきであると主張している<sup>1203</sup>。

---

<sup>1197</sup> *Id.*

<sup>1198</sup> Nicole B. Porter, Synergistic Solutions: An Integrated Approach to Solving the Caregiver Conundrum for "Real" Workers, 39 Stetson L. Rev. 777, 796 (2010).

<sup>1199</sup> Nicole B. Porter (2007), *supra* note 962, at 331-332.

<sup>1200</sup> *Id.* at 337.

<sup>1201</sup> *Id.* at 336-337.

<sup>1202</sup> *Id.* at 336.

<sup>1203</sup> *Id.* at 362. Porter は、この論文で、配慮がその他の労働者の権利や利益に影響するまたは影響し得るとしても、配慮によって他の労働者が解雇される結果とならない限り、最終手段としての配慮を使用者にも裁判所にも認めるよう ADA の合理的配慮規定を議会は改正すべきだと主張している。

#### (4) 配慮費用にかかる合理性判断・過度の負担の判断

合理的配慮の提供によって使用者にはどれくらいの費用負担が発生するのかについては、ADA の法案検討時から関心が集まっていた<sup>1204</sup>。ADA の障害の定義が裁判で争われていた時代でも、世間では、合理的配慮にかかる費用に関する議論の方が盛んであったともいわれている<sup>1205</sup>。

議会は、合理的配慮にかかる支出がどの程度であれば「重大」となり、その結果、過度の負担となると考えているのかについて、明確に示していない<sup>1206</sup>。他方、州の障害者市民権法では上限を設定しているものもある。たとえば、ミシガン州では、障害を持つ個人への合理的配慮にかかる費用の上限を事業規模に応じて決定しており<sup>1207</sup>、ヴァージニア州では、従業員数が 50 人以下の事業主にとって、どのような配慮も 500 ドルを超えると、過度な負担となると推定されるという規定がある (Va. Code Ann. § 51.5-41(C)(2) (2010))。このようなモデルを参考にし、ADA の曖昧さから生じる問題を解決するため、合理的配慮と過度な負担の定量的基準を裁判所が確立するのを待つのではなく、議会による法改正もしくは EEOC による ADA 規則の改正により、そのような基準を提供するべきであるとする見解もある<sup>1208</sup>。

そこで、本項では、職場の配慮費用に関して提示されたデータや実証研究の結果を紹介し、配慮にかかる費用がそれほど大きくないことが示されていることを確認する。さらに、合理性基準もしくは過度の負担の判断基準として、費用に着目して定量的な基準を設けることに注目した Stewart J. Schwab と Steven L. Willborn、及び、Steven B. Epstein の研究を紹介する。

##### (ア) 合理的配慮にかかる費用についての調査やデータ

上院報告書では、合理的配慮のために事業者にかかる費用は、労働者 1 人につき 100 ドル以下で、合理的配慮を必要とするのは、障害を持つ労働者の 30% 程度、また、必要とされる配慮のなかでも 51% は費用がかからないというデータが示されている<sup>1209</sup>。

<sup>1204</sup> Steven B. Epstein (1995), *supra* note 421, at 425.

<sup>1205</sup> Michael Selmi, *supra* note 371, at 530.

<sup>1206</sup> Steven B. Epstein (1995), *supra* note 421, at 423.

<sup>1207</sup> 従業員が 4 人未満の事業主にも、障害を持つ個人を配慮するために機器や装置を購入することが要求されているが、その購入費用の総額として要求されるのは、その機器または装置が州の週間平均賃金 (state average weekly wage) と同等のものに限定される (Michigan Compiled Laws § 37.1210(2) (2009))。4 人以上 15 人未満の労働者を雇用している場合は、州の 1 週間の平均賃金の 1.5 倍 (§ 37.1210(3))、そして、もし費用がその限度を超えたら、州は使用者に過度の負担を課しているとされる。障害を持つ個人が非正規労働者 (temporary employee) だとしたら、(2), (3), (4), (5), (6), (8), (9), (10), (11), and (12) で定められている配慮にかかる限度額は 50% となる (§ 37.1210(13))。

<sup>1208</sup> Developments in the law – Employment Discrimination, III. The Americans with Disabilities Act: Great Progress, Greater Potential, 109 Harv. L. Rev. 1602, 1616-17 (1996).

<sup>1209</sup> S. Rep. No.101-116, at 81 (1989).

Peter Blanck は、障害を持つ個人の雇用に関する実証研究に取り組み、1998 年から人材派遣会社大手の Manpower Inc. でケーススタディを開始している<sup>1210</sup>。障害を持つ人の採用に関する Manpower の調査からは、障害を持つ労働者を配慮するための直接的な費用は低く、調査では労働者を配慮する際に Manpower もしくは顧客企業にかかる直接の費用はなかったという結果が示され、配慮費用は最小限であると結論づけられている<sup>1211</sup>。また、Blanck は、Sears, Roebuck and Co. の職場で行われている 600 以上の配慮を検証した結果、1978 年から 1998 年にかけてサンプルとして抽出した配慮の多くが、費用がかからないか、極僅かであった<sup>1212</sup>。75% は費用が全くかからず、1000 ドル以下の費用がかかったのは 25% 以下、1000 ドル以上の費用がかかったのは約 2%、そして、配慮にかかる直接費用は平均して約 30 ドル以下という結果が出されている<sup>1213</sup>。

ジョブ・アコモデーション・ネットワーク (Job Accommodation Network)<sup>1214</sup> (以下、「JAN」という。) がまとめたデータでも、Blanck の調査結果と同様のことが示されており、実際には合理的配慮に関して財政面で多額の費用は要していない<sup>1215</sup>。58% の使用者は必要とされる配慮に費用はかかっていないと回答しており、配慮に費用がかかるとしても 1 度きりであると回答したのは 36% に上る<sup>1216</sup>。1 度きりの費用でかかったのは、一般に 500 ドルとされる。当然、実際には 500 ドル以上の費用がかかる合理的配慮を要求されることがある<sup>1217</sup>。

しかしながら、結果として、合理的配慮にかかる費用負担がそれほど小さくなく、さらなる波及効果があるとする調査結果が示されたのにもかかわらず<sup>1218</sup>、障害を持つ労働者の割合が増加しないことに

---

<sup>1210</sup> Peter David Blanck, Empirical Study of Disability, Employment Policy, and the ADA, Mental and Physical Disability Law Reporter (April, 1999), available at [http://bbi.syr.edu/publications/blanck\\_docs/1995-1999/23MPDLR275.pdf](http://bbi.syr.edu/publications/blanck_docs/1995-1999/23MPDLR275.pdf) (last visited 2018/01/26).

<sup>1211</sup> *Id.* at 3-4.

<sup>1212</sup> Peter David Blanck, Leonard A. Sandler, James L. Schmeling, and Helen A. Schartz, The Emerging Workforce of Entrepreneurs with Disabilities: Preliminary Study of Entrepreneurship in Iowa, 85 Iowa Law Rev. 1583, 1647-1648 (2000). Sears が、ADA で義務づけられる前から、自主的に配慮を提供していることについて、Blanck は、非義務的な配慮の推進力は、ADA の最小限の義務を満たすことよりも自社の文化、姿勢、事業戦略との関係が強いように見えるとしている。

<sup>1213</sup> Peter David Blanck, *supra* note 1210, at 6.

<sup>1214</sup> JAN は米国労働省障害者雇用政策局の無料サービスで、職場の合理的配慮についての情報とガイダンスを提供している。「1983 年、労働省とウェストヴァージニア大学との共同研究を経て、全米の障害者雇用企業に対する無料相談機関として創設。ウェストヴァージニア大学人間研究・教育学部の国際障害情報センターが実施。2001 年の労働省障害者雇用政策局 (ODEP) 設立により、労働省のテクニカル・アシスタンス・センター (外局) として位置づけられている」(障害者職業総合センター編・前掲注 409, 252 頁参照。)

<sup>1215</sup> JAN, "Workplace Accommodations: Low Cost, High Impact" Updated: 09/01/13, available at <http://askjan.org/media/LowCostHighImpact.html> (last visited 2014/11/5).

<sup>1216</sup> *Id.*, Finding #2.

<sup>1217</sup> *Id.*

<sup>1218</sup> Peter David Blanck, *supra* note 1210, at 7. 実証研究を行った Blanck は、合理的配慮には定量化されていない波及効果があるとしている。

疑問が投げられている<sup>1219</sup>。なお、**Blanck**が行った**Manpower**や**Sears**の調査結果から、他の事業者にも同じことが導けるとは限らないし、**Blanck**が人材教育などの物理的な費用以外を見積もっていないことには注意すべきとされている<sup>1220</sup>。

(イ) **Schwab & Willborn** 合理性判断のための過失責任割合 (BPL アプローチ) の応用

**Schwab & Willborn** は、**United States v. Carroll Towing Co.**<sup>1221</sup>で示された過失責任の割合 (BPL アプローチ) を利用して、合理的配慮にかかる費用の点から、配慮の合理性を評価する方法を提示している<sup>1222</sup>。**Schwab** と **Willborn** は、多くの研究者が配慮について考える重要なポイントを提示していても、配慮の合理性を解明する方法についてほとんど何も指針を示さないのに対し、この問題に対するアプローチを提案している点で特筆すべきとされている<sup>1223</sup>。

ちなみに、合理的配慮の文脈で過失責任の考え方を持ち出したのは、**Vande Zande** 判決である。**Vande Zande** 判決では、「合理的」という用語は、最大限可能なケアよりも低いものを要求しているとする過失責任の考え方を示し、費用対便益分析が用いられている<sup>1224</sup>。

**Carroll Towing** 判決の BPL アプローチでは、仮に安全策を取る負担 (B) が、安全策を取らなかった場合に生じた事故の費用 (L) に事故発生確率 (P) を掛けたものよりも低いならば、安全策を取る人を合理的な人と想定する。事故の費用 (L) × 事故発生確率 (P) よりも安全策の費用 (B) が低いのに、安全策を取らない人を非合理的とし、過失を認め、結果として生じた事故の責任を負う。しかし、(B) が (L) × (P) を超え、過度に費用のかかる安全策を取らなかった人は、合理的で、事故が安全対策を怠ったことにより発生したとしても責任を負わないとされる<sup>1225</sup>。

合理的配慮にも当該 BPL アプローチを適用し、使用者に対する配慮負担を (B)、障害を持つ労働者が得るものを (L)、配慮がその目標を達成する可能性を (P) とする<sup>1226</sup>。よって、使用者にかかる配慮費用が 200 ドルで、1000 ドルの障害を持つ個人の利益になり、その可能性が 80% の場合

(B < LP)、BPL 類似のアプローチによると、配慮が合理的で提供する必要があることになる。反対に、配慮費用が 2000 ドルで、期待される利益が 800 ドルであれば (B > LP)、配慮は合理的ではなく、実施する必要はないことになる<sup>1227</sup>。しかしながら、(L) を量る際に、良い仕事をもたらす大きな価値

<sup>1219</sup> Michael Ashley Stein, *Empirical Implications of Title I*, 85 Iowa L. Rev. 1671, 1677 (2000).

<sup>1220</sup> *Id.* at 1677.

<sup>1221</sup> 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

<sup>1222</sup> Stewart J. Schwab & Steven L. Willborn, *Reasonable Accommodation of Workplace Disabilities*, 44 Wm. & Mary L. Rev. 1197, 1268-1271 (2003).

<sup>1223</sup> Michael Ashley Stein (2003), *supra* note 417, at 109.

<sup>1224</sup> *Vande Zande*, 44 F.3d at 542; Christopher B. Brown, *supra* note 635, at 323.

<sup>1225</sup> Schwab & Willborn, *supra* note 1222, at 1268-1269.

<sup>1226</sup> *Id.* at 1269.

<sup>1227</sup> *Id.*

観、生産性、自己実現から生じる可視化しにくい労働者の利益は、定量化することがより難しく、どのように測定すべきかが問題となる<sup>1228</sup>。

(ウ) S. Epstein 過度な負担となる費用上の上限

S. Epstein は、配慮が過度な負担となるかどうかの判断として、営業利益に従業員数で割った額の 50% を費用の上限とするのが、適当であるとしている<sup>1229</sup>。S. Epstein の過度な負担モデルが、個人ではなく、事業の規模や業績によって上限が変わるように設定されているのは、ポジションや年収、会社への貢献度は関係なく、同じ財政レベルの合理的配慮求める権利がすべての労働者にあると考える平等原則 (equalizing principle) を尊重しているためである<sup>1230</sup>。また、当モデルには、使用者の目標である利益の創出や利益の最大化を犠牲にすることはないものの、より多くの資産を有する使用者には、より広範囲の配慮を提供することが可能であるとする公平原則 (fairness principle) が取り入れられている<sup>1231</sup>。

ただ、この過度な負担モデルには、毎年必ず利益が出るわけではないので、赤字の時には別途合理的配慮にかかる費用を考慮しなければならず、一方で、超好況時には、許容できる上限をかなり超えるため他の計算式が必要となることに留意しなければならない<sup>1232</sup>。上記の一人当たりの営業利益を変数とする方程式では、利益の出ない期間に採用された人は、好景気の時に採用された人に比べて、配慮にかかる費用が異なるという結果になり、平等原則に矛盾する<sup>1233</sup>。そのため、このモデルを用いる場合、事業規模に応じ上限と下限を決定する必要があるとしている<sup>1234</sup>。

S. Epstein は、ADA の制定前まで、財政資源を障害を持つ労働者の配慮に割り当てていなかった使用者には、必要とされる配慮を分析する経験も、法的に義務づけられた配慮と過度な負担をもたらす配慮との線引きをする経験もないのに、議会や EEOC が過度な負担を「重大な困難または支出」という定義を示しただけで、明確な基準を示さなかったことを批判している<sup>1235</sup>。そのため、S. Epstein は、こうした定量化モデルには、使用者にとってはその規模や資源による柔軟性が与えられ、また、弁護士やそのク

<sup>1228</sup> *Id.* at 1270.

<sup>1229</sup> Steven B. Epstein (1995), *supra* note 421, at 457. 50% というのは、一人当たりの利益を社会的目的、即ち配慮がなければ仕事を確保できない市民のために公平な雇用の場を提供するという目的、及び、事業の目的、即ち利益を創出し最大化するという目的のバランスを反映する数字としている。

<sup>1230</sup> *Id.* at 452.

<sup>1231</sup> *Id.* at 446. 公平原則は 2 つの対立する利害関係の均衡を保つための試みであるとされる。過度な負担かどうかを判断する場合、ある使用者には公平でないものも、他の使用者には公平となるという柔軟性が求められる。

<sup>1232</sup> *Id.* at 458.

<sup>1233</sup> *Id.* at 448.

<sup>1234</sup> *Id.* at 458.

<sup>1235</sup> Steven B. Epstein (1995), *supra* note 421, at 395-396.

ライアントにとっては透明性のある明確な数学的計算式が与えられているという二重の利点があるとしている<sup>1236</sup>。

(5) 合理的配慮にかかる費用の経済的効率性に基づく分類と社会的利益を含めた検討

最後に、合理的配慮にかかる費用を分類し、経済学的視点から概念化することを試みている Michael A. Stein を取り上げる<sup>1237</sup>。Stein は、Samuel Bagenstos<sup>1238</sup>や Amy Wax<sup>1239</sup>が ADA の社会保障依存の回避という規範的目的と合理的配慮の社会的効用について議論していることは非常に示唆に富むものではあるものの、両者ともに、民間の事業者にとっては（配慮費用を差し引けば障害を持つ労働者を雇用することによって使用者が得られる利益が少ないという点で）非効率的な配慮を社会が提供すべき理由について、また、民間の非効率と公共の効率の境界をどこで線引きすべきかについて適切に説明していないとしている<sup>1240</sup>。そこで、Stein は、合理的配慮にかかる費用と使用者が得られる利益から経済的効率性を評価し、費用の連続性を説明している。そのような費用の連続性の説明から、使用者にとっては、合理的配慮を提供し、障害を持つ労働者を雇用するよりも、障害のない労働者を雇用する方が利益は大きい場合でも、配慮を提供し障害を持つ労働者を雇用することの社会的な利益を算出する方法を示し、簡単ではあるがそのような配慮への公的支援についても論じている。

Stein は合理的配慮にかかる費用の連続性を大きく 3 つのパートに分けて説明する上で、新古典派経済学の労働市場モデルを利用かつ疑問視し、経済的正義からの議論と社会的正義からの議論の両方からアプローチすることを試みている<sup>1241</sup>。まず、Stein は、新古典派経済学的な観点から雇用差別禁止法を

<sup>1236</sup> Robert C. Bird, *supra* note 415, at 619.

<sup>1237</sup> Michael Ashley Stein (2003), *supra* note 417, at 84.

<sup>1238</sup> Samuel R. Bagenstos (2003), *supra* note 331, at 976-985. Bagenstos は、社会給付への依存を減らすために、超合理的な配慮が提供されるべきとしている。

<sup>1239</sup> Amy L. Wax, Disability, Reciprocity, and "Real Efficiency": A Unified Approach, 44 Wm. & Mary L. Rev. 1421, 1423 (2003). 法律の制約や現実の労働環境の中では、障害を持つある特定の人を雇用することが、使用者にとって費用対効果のあるものでなくても、当該個人が就業するとしたら、それは社会全体的として効率的なものであり得るとしている。

<sup>1240</sup> Michael Ashley Stein (2003), *supra* note 417, at 83-84.

<sup>1241</sup> *Id.* at 84.



評価した Richard A. Epstein<sup>1242</sup>の仮定する労働市場を疑問視している<sup>1243</sup>。R. Epstein の著書は他の ADA の研究者も参考にしているため<sup>1244</sup>、ADA に関する箇所のみ簡単に紹介する<sup>1245</sup>。

R. Epstein の主張は、差別禁止規定をなくし、規制を受けない（「自然な」）市場の均衡に戻すことで、雇用領域では、より合理性が生まれるという前提から成り立っている<sup>1246</sup>。R. Epstein は、原則としてすべての人は、障害を持つ人々が社会生活に参加し、重要かつ生産的な社会の一員としてポジションに着くことができるようになることの利益を、尊厳の観点から認めるとしているが、しかし、実際には社会的な理想に対してどこまで自主的な支援が行われるかが問題となり、利益と費用、尊厳と（資源）不足を考慮せざるを得ないとしている<sup>1247</sup>。また、R. Epstein は、「合理的配慮」という名の下で実施にかかる費用は、必然的に企業の運営や効率性を阻害するとしている<sup>1248</sup>。たとえば、クラーク業務で、危険なエリアで仕事をするものと、近代的で安全なオフィスで仕事をするものがあった場合、ADA では前者の施設を障害を持つ労働者のために近代化することを使用者に要求しているとすれば、使用者にとっては当該障害者を採用しなければ避けられた社会的支出が必要となる<sup>1249</sup>。R. Epstein は、この場合、職場のデザインを変えるよりも、労働者を後者のポジションに就かせる方が使用者にとって安くつくため、使用者のそうした選択を妨げない市場の原理を使うべきとしている<sup>1250</sup>。

R. Epstein は、連邦政府による補助金プログラムの可能性を否定している<sup>1251</sup>。その理由は、補助金プログラムも、市場と同じ制約を受け、あらゆる障害を持つ人々が補助金プログラムによる恩恵を受けられるのは幻想であるとしている。補助金プログラムでは、配慮内容を事前に申請させ、その効果を評価

---

<sup>1242</sup> Richard A. Epstein, "Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws", Harvard University Press (1992).

<sup>1243</sup> *Id.* at 123. Richard Epstein の主張には、伝統的な新古典派経済学から離れて展開しているものがあることを Epstein は理解しつつも、基本的には多くの部分で新古典派経済学に基づく分析に適合しているため、Epstein の理論を導く仮定を疑問視することから Stein は議論を展開している。

<sup>1244</sup> J. Hoult Verkerke, *Free to Search: Forbidden Grounds: The Case against Employment Discrimination Laws* by Richard A. Epstein, 105 Harv. L. Rev. 2080 (1992); Ian Ayres, *Alternative Grounds: Epstein's Discrimination Analysis in Other Market Settings*, 31 San Diego L. Rev. 67 (1994); Christine Jolls, *Accommodation Mandates*, 53 Stan. L. Rev. 223, 285 (2000).

<sup>1245</sup> 日本でも ADA に対する批判として、R. Epstein が紹介されている。労働市場に対する政府のコントロールを痛烈に批判し、合理的配慮の提供という形で使用者に求める負担は、本来政府が担うべき負担を企業に義務づける不当なものと主張し、ADA の廃止を提言したと紹介されている（荒木 兵一郎ほか編・前掲注 230, 188-189 頁）。

<sup>1246</sup> Richard A. Epstein, *supra* note 1242, at 480-494. これに対し、M. Stein は、R. Epstein の主張をサポートする証拠は何もなく、規制されない市場の均衡によって、ADA によって修正しようとしている不合理な偏見を認め、永続させるだけであると反対している（Michael Ashley Stein (2000), *supra* note 1219, at 1682）。

<sup>1247</sup> Richard A. Epstein, *Id.* at 483.

<sup>1248</sup> *Id.* at 484.

<sup>1249</sup> *Id.* at 491.

<sup>1250</sup> *Id.*

<sup>1251</sup> *Id.* at 493-494.

する必要があり、政府は財源の制約と直面しながら、支出の選択をせまられることになるとしている<sup>1252</sup>。そうであれば、障害を持つ人々を支援するための固定的な予算は、法規制や義務よりも、リハビリテーション、教育、カウンセリングといった直接的な支援プログラムに集中させる方がより戦略的に良いという自論を展開し、代替案として障害を持つ個人に雇用機会を提供する企業に対して政府が助成することも挙げている<sup>1253</sup>。

反対に、**M. Stein** はそもそも **R. Epstein** が依拠する新古典派経済学の労働市場モデルを批判し、以下の3つの仮定に対して異議を唱えている<sup>1254</sup>。

第1の仮定は、労働市場の効率性に関するものである。障害を持つ個人への雇用機会の配分において、労働市場が効率的に機能するとされている<sup>1255</sup>。しかし、**Fortune 500** に名を連ねる企業の幹部や従業員へのインタビューでは、一様に障害を持つ労働者の雇用に関して好意的な見解が示されているのに対して、実際に利用できるデータには、障害を持つ個人の雇用率の大幅な増加は現れていない<sup>1256</sup>。情報の非対称性により、インタビューを受けた人が確かに障害者側の感情を支持する者であっても、こうした人々が企業のために行動する場合この選好が現れないとされている<sup>1257</sup>。また、**ADA** 成立前と成立後に行われた実証研究で、雇用差別は存続しており、障害を持つ個人の労働市場における雇用機会を妨げる障壁となっていることが明らかにされている<sup>1258</sup>。

差別的慣行が認められる場合、非差別的な競争相手が利幅を増やすのに対し、嫌悪する使用者は、利幅を減らす市場の力によって統制を受けると新古典派経済学的モデルでは主張しているものの、実際のところ、この理論は実証的には証明されていない<sup>1259</sup>。反対にアメリカ市場では、歴史的に様々な形態の差別がはっきりと示されてきたし、今でも継続中である。

第2の仮定は、障害を持つ労働者の生産性に関するものである。障害を持つ労働者は生来、障害のない相手よりも生産性が低いとされている<sup>1260</sup>。障害を持つ労働者を、①配慮なし、障害のない同僚よりも生産性が低い、②配慮あり、同等に生産的である、③超合理的配慮あり、超生産的である、と分類した場合、①に該当する者は、本質的職務機能の遂行をできない場合、**ADA** の法的保護を受ける対象とはならず、③の合理的配慮は、使用者全体的な資源によっては過度な負担となる<sup>1261</sup>。しかしなが

---

<sup>1252</sup> *Id.*

<sup>1253</sup> *Id.*

<sup>1254</sup> Michael Ashley Stein (2003), *supra* note 417, at 124-130.

<sup>1255</sup> *Id.* at 125.

<sup>1256</sup> *Id.*

<sup>1257</sup> *Id.* at 126.

<sup>1258</sup> *Id.* at 127,

<sup>1259</sup> *Id.* at 128-129.

<sup>1260</sup> *Id.* at 130-133.

<sup>1261</sup> *Id.* at 132.

ら、この分類に限らず、ADA で保護される障害を持つ労働者には、比較的生産性の低い人もいれば、生産的な人も存在し、さらに、配慮を要求する場合もあれば、しない場合もあるため、障害を持つ個人の生産性を評価する場合、正と負の変動値を両方とも考慮することが適切に取り扱う上で必要である

<sup>1262</sup>。

第 3 の仮定は、現状の均等性（中立性）に関するものである。労働市場は公平なもので、規制により通常運用から逸脱することは経済的に非効率であるとされる<sup>1263</sup>。これは、労働市場が効果的に非合理的な偏見による行動（ここでは、同等に生産的な労働者を排除すること）を規制し、それ故、非差別的均衡が維持されるという仮定に基づいている<sup>1264</sup>。しかしながら、実際には、現状の労働市場は、既存の偏見をすでに吸収し、将来の意思決定にも偏見を内因させた社会的に力を持つ多数派によって設計されているものである<sup>1265</sup>。つまり、市場の中立性を前提とする分析は、いずれも非差別原則に対して反射的に、ADA や公民権法が変えようとしている先入観の中で定着した障壁を作るとされている<sup>1266</sup>。そのため、市場の中で形成された既存の偏見を含んだ選好が中立的であるとする新古典派経済学モデルの観点は、これらの先入観を持続させるにすぎないとしている<sup>1267</sup>。

つまり、Stein は、R. Epstein の労働市場に関する第 1 と第 3 の仮定に対して、労働市場は既に偏見や差別を吸収しており、差別の存在は明確に示されていることを指摘し、労働市場は、効率的に機能していないし、公平なものでもないという視点に立っている。また、障害を持つ労働者の生産性を一律に配慮がなければ低く設定し、配慮に応じて生産性が変わるという R. Epstein の仮定にも異議を唱えている。

Stein は、このような新古典派経済学とは異なる視点に立ち、ADA による効果も考慮に入れて、障害を持つ人を採用し、雇用し、合理的配慮を提供することの有効性を経済的合理性から評価している。

Stein は、合理的配慮にかかる費用の連続性を次の 3 つに分類している。（ア）完全に効率的な配慮

（Wholly Efficient Accommodations）分類には、配慮費用を支払っても障害を持つ労働者を雇用することによる純利益が得られるため自発的に行われる配慮（Voluntarily Made Accommodations）と、市場の失敗により障害を持つ労働者を雇用することによって利益が得られるにもかかわらず、雇用を選択しない使用者に法的規制を課すことで準自発的に行われる配慮<sup>1268</sup>（Quasi-Voluntary Accommodations）が

---

<sup>1262</sup> *Id.* at 132-133.

<sup>1263</sup> *Id.* at 133.

<sup>1264</sup> *Id.*

<sup>1265</sup> *Id.* at 134.

<sup>1266</sup> *Id.* at 134-135.

<sup>1267</sup> *Id.* at 135.

<sup>1268</sup> 経済学的な観点からは、配慮なしでは平均生産性に満たない労働者を雇用することと配慮ありで平均生産性を満たす労働者を雇用することが、採算的には同じであり、同等の障害のない労働者を雇用で

含まれ、両者とも使用者により資金供給されるべきものとされる。次に、（イ）社会的に効率的配慮（**Socially Efficient Accommodations**）分類には、経済学的には非効率でも、法的に提供が義務づけられている部分にのみ行われる半効率的な配慮（**Semi-Efficient Accommodations**）と労働者と一般的社会は恩恵を受けるが使用者は受けない社会的利益が得られる効率的な配慮（**Social Benefit Gain Efficient Accommodations**）が含まれ、後者について、Stein は、公的予算で費用を負担すべきとしている。最後は、（ウ）完全に非効率な配慮（**Wholly Inefficient Accommodations**）分類で、①②の分類に入らず、社会的にも利益がなく、経済的に実現的な選択肢としてはこれらの労働者を労働市場から排除するケースと定義されている<sup>1269</sup>。

（ア）完全に効率的な配慮（**Wholly Efficient Accommodations**）

「自発的に行われる配慮（**Voluntarily Made Accommodations**）」とは、配慮にかかる費用を差し引いても障害を持つ労働者の生産性が高く純粋に利益を得られるため、使用者が自発的に障害を持つ個人を採用し、雇用を維持し、配慮を行う状態を指している。

使用者が障害を持つ人を採用し、雇用を維持し、自発的に配慮を行う主な理由として、障害を持つ人が障害のない人と等しく、もしくは、それ以上に生産的であるとし、自発的に行われる配慮を平均利益（**average profit, AP**）と障害者利益（**DP**）との関係で説明している。

ちなみに、変数を簡単に説明すると、障害者利益（**DP**）は、障害を持つ個々の労働者が生み出した全利益（**DG**）に、配慮規定によって生じるあらゆる定量化可能な外的利益（**QB**）を加え、障害を持つ労働者の給与（**WS**）、配慮費用（**AC**）、その他の定量化可能な費用（**QC**）を引いたものである（ $DP = DG + QB - (WS + AC + QC)$ ）<sup>1270</sup>。平均利益（**AP**）とは、個人の生産性を完全に定量化する問題を取扱う方法として、使用者の年間利益を各労働者に割当てたもので、Stein は、ADA の対象となるには、障害を持つ個人が適格性を有していなければならないという要件を、合理的配慮があれば、もしくは、配慮がなくとも、障害のない労働者と同等に生産的であることと捉え、**DP** が必ず **AP** と同等かそれ以上であることを条件としている<sup>1271</sup>。

---

きた場合に比べて使用者の利益は少ないとしても、後者の場合は、配慮された労働者が適格性を満たすので、ADA では保護されることを述べている。

<sup>1269</sup> Michael Ashley Stein (2003), *supra* note 417, at 144-145.

<sup>1270</sup> *Id.* at 139. **DP**（障害者利益）は、使用者の雇用取引（**employment transaction**）を通して与えられた純利益を反映し、そして、障害を持つ労働者が負から正へのあらゆる定量化可能な外的利益を受ける可能性からなる。労働者の生産性を構成要素に分けることが困難なことが、**DP** 変数の弱点であるとされる。

<sup>1271</sup> *Id.* at 148.

これらの変数を使った自発的に行われる配慮の説明を紹介する。ある架空の製品（ウィジェット）を生産する仮想企業において、従業員は一日当たり 50 ウィジェットを製造することが期待されており、年度末に平均利益（average profit, AP）>50 であれば、雇用は継続されると仮定する<sup>1272</sup>。この場合、定量化可能な外的利益（QB）とその他の定量化可能な費用（QC）は 0 とする<sup>1273</sup>。生産的な労働者で、障害を持つ労働者が生み出す全利益（DG）が 50 を超えており、配慮が不要な場合、障害者利益（DP）>50 = (DG>50) - (配慮費用（AC）=0) で DP>AP となる。そのため、障害を持つ労働者が生み出す利益は平均的なウィジェット生産者よりも高い。②極めて生産性が高く、DG=55 である一方、配慮が必要で配慮費用をウィジェットに換算すると AC>6 となる場合、DP<50 = (DG=55) - (AC>6) で DP<AP となる。この場合、障害を持つ労働者の生み出す純利益は平均的なウィジェット生産者よりも低いため、自主的に配慮される労働者のプロファイルには適合しないことになる。③生産性は平均的で DG=AP=50 で、配慮が不要の場合、DP=50 = (DG=50) - (AC=0) で、DP=AP となる。この場合は、障害を持つ労働者は障害のない労働者と代替可能で、自発的に採用もしくは雇用継続される対象となる<sup>1274</sup>。

次に、完全に効率的な配慮に分類されるもう一方の「準自発的な配慮（Quasi-Voluntary）」は、障害を持つ個人を採用し、雇用を継続することが完全に効率的で純粋な利益となるにもかかわらず、職場においてそのような機会が表れない市場の失敗から説明されている。この状況では、結果的に労働市場への参加機会が失われている状況を是正するため、訴訟や他の救済手段によって、市場の失敗を修正することになる<sup>1275</sup>。結果的に市場の失敗が生じる主な原因として、使用者が障害を持つ個人を雇用することを嫌がること<sup>1276</sup>、実際に配慮にかかる費用やその便益について個人的に意識していないこと<sup>1277</sup>、そして、採用や配慮についての決定を行う上で、実験的に不正確であると判明しているが客観的に見える代用物に依拠していることが挙げられている<sup>1278</sup>。そのため、ADA では、個々の使用者が市場の失敗に

<sup>1272</sup> *Id.* at 148.

<sup>1273</sup> *Id.* at 148-149.

<sup>1274</sup> *Id.* at 149.

<sup>1275</sup> *Id.* at 151-152.

<sup>1276</sup> 使用者が差別を好む可能性について、差別的取扱い（disparate impact）に該当する系統的差別は、使用者の障害を持つ人に対する強い反感、もしくは、顧客や既存の労働者の同様の感情から生じ得ること、さらに、そのような負の選好が悪意や不快感、合理的な経済的選好によるかどうかは関係なく、現実そのような感情が存在するとされる（*Id.* at 152-154）。

<sup>1277</sup> 実際の配慮にかかる費用やその便益に関して使用者が個人的に無知であることから、情報の非対称性による市場の失敗を修復する方法を考慮する際、その修復措置にかかる費用も考慮することが重要であるとされる（*Id.* at 154-155）。

<sup>1278</sup> たとえば、直接的に障害を持つ人のスキルを問う代わりに、学歴や過去の経験といった代用物に頼り、生産性の代用物として既成概念を利用することで、結局のところ、実際よりも生産的でないとみなされ、生産的な労働者が雇用機会から締め出されるとされている（*Id.* at 156-159）。

悩まされる原因となる情報の非対称性を修復するために、3つの問題解決の手段として、相互プロセス、EEOC への申立て、訴訟が用意されているとしている<sup>1279</sup>。

(イ) 社会的に効率的配慮 (Socially Efficient Accommodations)

「半効率的な配慮 (Semi-Efficient Accommodation)」は、使用者も労働者も利益を得ることができる状態であるものの、仮に使用者が障害のない労働者を雇用できたとしたら、得られたであろう利益よりも少なくなる状態である<sup>1280</sup>。

ADA 第 1 編の対象とならないケースでも、経済的合理性からすれば、配慮を提供した上で適格性を満たすケースと変わらないものもある。すなわち、配慮なしで障害のない労働者よりも生産性が低い労働者、配慮ありで同等に生産的な労働者、超生産的であるが配慮にかかる費用が合理性を超え、配慮費用を引いた純生産性は平均的な労働者よりも低い労働者のいずれのケースも経済学的観点からは差がないとしている<sup>1281</sup>。この半効率的な配慮に分類される配慮の多くは、ADA 第 1 編でも提供が求められるものである<sup>1282</sup>。ADA 第 1 編は、経済的効率性の観点から合理性を判断していないため、半効率的な配慮に分類されるものの中には、ADA 第 1 編で提供が求められないものが含まれるが、Stein によれば、それらは、ADA 第 1 編で提供が求められるものと経済的には同等であるとされる。以下では、単純な例を用いて、半効率的配慮を説明する。

平均利益 (average profit, AP) と障害者利益 (DP) の変数を用いて、ハンバーガー店で働く筋ジストロフィー症の Barry を例に説明する。バーガー店では 1 時間に 40 個のバーガーを焼くことが求められると仮定する (AP=40)。Barry は筋ジストロフィー症を有している以外に他の候補者と異なるところはないと仮定し、障害に関連する外的費用や便益はなく QB, QC はゼロとする。配慮がなければ、Barry が 1 時間に焼くことができるバーガーは 35 個であり、ADA の下では適格性がないとされる (DP=35<AP=40)<sup>1283</sup>。経済学的な観点からは、バーガー店に Barry を採用しないという選択肢があれば、同じ採算がとれるとはいえない。しかしながら、特別に設計されたフライ返し (費用はバーガー5個相当 AC=5) があれば、Barry は 40 個のバーガーを焼くことができるとしたら (DG=40), DP=35 (DP=DG+QB-AC) となるものの、フライ返しの提供が合理的と判断されれば、ADA の下では Barry は適格性を有し、法的保護を受けられることになる<sup>1284</sup>。同時に、どちらのケースも DP=35 であり、バーガー店の純利益としては変わらない。また、仮に Barry が超生産的で 60 個のバーガーを 1 時間に焼

<sup>1279</sup> *Id.* at 159-167.

<sup>1280</sup> *Id.* at 167-169.

<sup>1281</sup> *Id.* at 169.

<sup>1282</sup> *Id.* at 118-119.

<sup>1283</sup> *Id.* at 169-170.

<sup>1284</sup> *Id.* at 170.

くことができる（ $DG=60$ ）としても、チタン製フライ返しという合理性を超えた配慮（ $AC=25$ ）が必要な場合、配慮は合理的でないとされ、Barry は ADA の下での法的保護を受けることはできないし、経済学的にも非効率（ $DP=35 < AP$ ）となる<sup>1285</sup>。以上から、ADA の適用は、古典的な経済原則を適用した場合とは反対の結果をもたらすことを Stein は指摘している<sup>1286</sup>。障害のない個人を雇用する選択肢があるならば、経済的に見てその方が効率的であっても、配慮があれば ADA 第 1 編の下での適格性を満たすことになるので、Barry は他の候補者と同等に扱われなければならない。経済学的な観点からの採算性では  $DP=35$  で、1 番目と同じであるのに、2 番目のケースは、ADA で保護される。一方、3 番目のケースで求められた配慮は、ADA の観点から考えると、使用者の総合的な財務状況によって、合理的とみなされる場合もあれば、合理的でないとされる場合もある<sup>1287</sup>。

この領域の半効率的配慮は、完全に効率的配慮ほどには、効率的でも利益が出るわけでもないものの、特別に ADA 向けに調節された配慮として文脈上合理的で、配慮の提供を受けた障害を持つ労働者の存在から継続的に利益が得られる程度に、使用者にとって純粋な利益が生じるものである<sup>1288</sup>。さらに、個々の使用者が繰り返し配慮要求を受ければ、繰り返し物理的な装置が利用されると予想され、障害を持つ個人の雇用を増やす効率的な仕組みとみることができる<sup>1289</sup>。そのため、ポジティブな側面から見れば、規模の経済により複数の配慮を行うことで使用者に与える影響を減らすことができると Stein は考えている<sup>1290</sup>。

ADA 第 1 編の観点からみると、経済的な合理性からは同じレベルの配慮でも、提供を義務づけているものとそうでないものがある。一見して経済的合理性は変わらなくても、ADA 第 1 編では、配慮があれば、適格性を満たす労働者が対象となっており、配慮の費用は労働者の生産性を評価するための要素とはなっていないことが違いの生じる 1 つ目の要因である。障害を持つ労働者の生産性から配慮費用を引けば、配慮を提供しない状態での生産性と同等であるとしても、後者の場合の配慮の提供をしない状態で、適格性を満たさない場合は、ADA 第 1 編の対象とならない。一方で、2 つ目の要因として、配慮があれば適格性を満たせる場合であっても、使用者の総資産に対する配慮費用のバランスで過重な負担となるのであれば、提供が求められないとされるので、過重な負担を伴う配慮は ADA 第 1 編では求められないことになっている。

---

<sup>1285</sup> *Id.*

<sup>1286</sup> *Id.* at 132-133.

<sup>1287</sup> *Id.* at 173.

<sup>1288</sup> *Id.* at 174.

<sup>1289</sup> *Id.* at 172.

<sup>1290</sup> *Id.* at 173

次に、社会的に効率的配慮に分類されるもう一方の「社会的利益において効率的な配慮（**Social Benefit Gain Efficient Accommodations**）」は、使用者への利益はゼロもしくはマイナスとなるものの、生産性で劣る障害を持つ労働者が雇用されることで、社会的利益としては使用者が障害を持つ個人を雇用するためにかかる費用を超えるものとされている<sup>1291</sup>。

社会的利益（**SBG**）は、経済的に有望な障害を持つ労働者が社会給付を受け取る代わりに雇用されることによって、社会が受取るあらゆる（査定可能な）利益を表している<sup>1292</sup>。**SBG**は、障害を持つ労働者の給与（**WS**）に、仮に障害を持つ労働者が労働市場から排除されたために生じたであろう生活保護費の削減分を含めた定量化可能なあらゆる利益（**QB**）を加えたものに、配慮費用（**AC**）と定量化可能な（負の）外部性（**QC**）を差引いたものである（ $SBG = (WS + QB) - (AC + QC)$ ）<sup>1293</sup>。たとえば、聴覚障害を持つ個人（**Sally**）を **Office Manager** として雇用し、パートタイムのアメリカ手話（**ASL**）通訳者を配慮として用意した場合、給与を 50,000 ドル（**WS**）、仕事がなければ受け取った生活保護費を 12,000 ドル（**QB**）、配慮費用を 10,000 ドル（**AC**）とする。この場合、負の外部性（**QC**）は 0 である。また、**Sally** は、給与 50,000 ドルにかかる税金を支払うため、税金分 50,000/T ドルも **QB** に含まれ、**QB** は  $12,000 + 50,000/T$  ドルとなる。この結果、**SGB** は、 $52,000 + 50,000/T$  ドルとなる（ $50,000$ （**WS**）+（ $12,000 + 50,000/T$ ）（**QB**）－（ $10,000$ （**AC**）+ 0（**QC**））。一方で、**Sally** を雇用しなかった場合、負の外部性（**QC**）として生活保護費（12,000 ドル）が発生するため、**SGB** は－12,000 ドルとなる<sup>1294</sup>。そのため、雇用されていない障害を持つ個人が、配慮規定により職を持つことが可能になれば、あるいは、雇用されている障害を持つ個人がより良い職を見つけ、保持することが可能になれば、人的資本への投資の拡大を含め、見えない形でも、社会に利益をもたらすことになるとしている<sup>1295</sup>。

つまり、配慮費用により、障害を持つ労働者を雇用し続けることから利益を生み出すことができない場合でも、一般に社会が利益を得ることを理由に障害を持つ労働者を配慮するよう使用者に義務づける理由があり得るとされている<sup>1296</sup>。

これは **ADA** の範囲を超えているもので、**ADA** の下では配慮として合理的ではないと判断される。しかし、**Stein** は、使用者にとって障害を持つ個人の雇用による利益は生じないもしくは、マイナスになるとしても、カルドア・ヒックス理論的には、そのような個人を雇用する付加的な理由として、社会的

---

<sup>1291</sup> *Id.* at 174.

<sup>1292</sup> *Id.* at 141.

<sup>1293</sup> *Id.*

<sup>1294</sup> *Id.* at 141-142.

<sup>1295</sup> *Id.* at 143.

<sup>1296</sup> *Id.* at 175.



な利益が用いられ得るとしている<sup>1297</sup>。カルドア・ヒックスモデルを有効活用する鍵は、提案されたプログラムの便益がその費用を超えると仮定し、社会的な福利が増進するのであれば、政策は有効なものとして支持されることであるとしている<sup>1298</sup>。

また、Stein は、障害を持つ人を配慮することがもはや合理的でないとしても、社会的に利益があるというのは、使用者への補助金を支払う形で国が援助することを考える上で適切なスタート地点であるとしている。Stein の主張は、他の研究者が合理的配慮に必要な資金を援助することをイメージしているのに対し、非合理的な配慮に対する補助を支持している点で異なる<sup>1299</sup>。しかしながら、補助金では、不平等の原因となる根深い偏見を変えることはできないとしている<sup>1300</sup>。

#### (ウ) 完全に非効率な配慮 (Wholly Inefficient Accommodations)

「完全に非効率な配慮」とは、カルドア・ヒックス福祉向上的配慮、すなわち、社会的利益を得られる配慮に含まれないものである。職場に障害を持つ労働者を雇用し続けるために負担する定量化可能な費用が、配慮による社会的利益を超えない場合をいう<sup>1301</sup>。障害により福祉的給付を受け取る代わりに、職場から排除される候補者であるとされる。この領域について、Stein は、経済学的観点を超えて、人間の尊厳や厚生観点からみるべきであることは理解しつつも、そうした観点での議論は行っていない。

以上のように、Stein は、費用の連続性を分類してそれぞれ説明しているが、主に物理的な変更に伴うハードな費用に焦点を当てており、管理方法の変更などソフトな費用を評価していない。しかしながら、配慮の合理性をどのように判断するかについて、明確に示されていない中で、Stein は、ADA の法的枠組みを超えて、使用者よりむしろ社会が費用を負担する合理的配慮の存在を考慮に入れている点で特筆すべきであろう<sup>1302</sup>。

#### (6) 小括

合理的配慮に関する研究として、差別禁止法における合理的配慮規定の規範的根拠を説明するもの、合理的配慮にかかる費用に着目しその上限を定めようとするもの、また、実際に合理的配慮の目的とそ

---

<sup>1297</sup> *Id.* at 175-176. カルドア・ヒックス理論の下では、現実はどうでなくとも、理論上勝者が敗者に補償できる限り、政策は有効であるとされる。さらに、カルドア・ヒックス理論では、選択行為によって影響を受ける人すべてがその結果に同意することを要求しないとされる。

<sup>1298</sup> *Id.* at 175-177.

<sup>1299</sup> *Id.* at 176-177.

<sup>1300</sup> *Id.* at 177.

<sup>1301</sup> *Id.* at 178, 190-191.

<sup>1302</sup> *Id.* at 179-180.

の性質を考慮した上でどの程度配慮を認め、あるいは、どの程度制限するかを議論するものを取り上げた。

障害差別の性質を考慮すると、均等な機会へのアクセスを保障するには、障害を持つ個人と障害のない個人を全く同一に扱う以上が必要となり、障害を持つ個人に異なる取扱いをすることが正当化される。合理的配慮は、結果の平等をもたらすものでも、完全な機会均等を保障するものでもないことは、暗示的に認識されている<sup>1303</sup>。

障害によって生じる職場の障壁は、社会が障害のない人々のために構成されたために生じていると捉え、合理的配慮は、そのような障壁を除去し、障害を持つ個人と障害のない個人の条件を公平に揃える手段とされる<sup>1304</sup>。また、公民権法第7編の下でも、差別的効果をもたらす得るルールを是正することを使用者に求めており、それに伴う費用負担を強いられることもあるので、差別的効果是正義務は、実際には合理的配慮義務と同じ効果があるとされる<sup>1305</sup>。

他方、より包括的に要求された配慮が合理的かどうかを判断するための基準として、社会的障壁を除去し、障害のない人との条件を揃えるための合理的配慮の役割に重点におく **Crossley** と、合理的配慮及びその消極的要件となる過度な負担を規定する条文を重視して判断する **Weber**、そして、障害を持つ人々を社会的経済的主流へと包摂するという **ADA** の目的を実現するために合理的配慮の役割を広く解釈する **Porter** を取り上げた。**Crossley** は、合理的配慮の役割として、社会の選択から形成された社会的構造によって生じる障壁に対応することが求められているとしている。そのため、要求された配慮によって、そのような障壁を除去できるのかどうか、また、その障壁は、障害を持つ個人に対する社会的無関心に起因するものかどうかを問うことで、配慮の合理性を判断することを提案している<sup>1306</sup>。**Weber** は、**ADA** の規定や議会の意図を厳格に読み取り、要求された配慮の提供は、過度の負担を上限として認められるべきと考え、過度の負担の判断要素とは異なる基準で判断することを批判している<sup>1307</sup>。**Porter** は、合理的配慮の範囲を使用者と労働者の関係に根本的な変更をもたらさないという基準で定め、その上で、その範囲内の配慮で、障害を持つ労働者に不公平な競争上の利益を与えるものでなければ、合理的であるとしている<sup>1308</sup>。さらに、障害を持つ労働者の解雇を回避するために必要なものであれば、不公平な利益をもたらすものではないとしている。

また、実際に起こり得る場面に照らし、特に配慮として配置転換を行う際に他の労働者への影響をどのように考慮すべきかという観点から合理性に関して議論している研究を紹介した。**Long** は、配慮を

---

<sup>1303</sup> Mary Crossley, *supra* note 962, at 866.

<sup>1304</sup> See *supra* notes 1101-1102 and accompanying text.

<sup>1305</sup> See *supra* notes 1119-1124 and accompanying text.

<sup>1306</sup> See *supra* note 1145 and accompanying text.

<sup>1307</sup> See *supra* notes 1151-1153 and accompanying text.

<sup>1308</sup> See *supra* notes 1159-1167 and accompanying text.

提供することで、他の労働者の契約上の権利を侵害する場合には、配慮は合理的ではないとするのに対し、一方、**Porter** は、失業をするかしないかを基準とし、障害を持つ労働者に対し、合理的配慮として配置転換を行うことで、他の労働者が失業する事態になるのであれば、その配慮は合理的でないし、反対に、配慮が提供されなければ、障害を持つ労働者の雇用が維持できないのであれば、最終手段として配置転換を行うことは合理的であるとしている<sup>1309</sup>。

一方、配慮にかかる費用の面から合理性を判断する試みが行われている。使用者は、合理的配慮要件に伴い感じられる負担を理由に障害を持つ個人を雇用することや既存の労働者への配慮を躊躇することもある<sup>1310</sup>。そのため、使用者の配慮負担を定量化し、配慮にかかる費用の合理的な上限を算出する方法が議論されている。合理的配慮にかかる費用に関する研究としては、過度な負担となる費用の上限を明確に定めようとする **Steven Epstein** の研究や、合理的配慮の効果とそれにかかる費用のバランスに注目した **Schawb & Willborn** の合理性判断基準がある。他方、**Michael Stein** は、合理的配慮にかかる費用を概念化し、合理的配慮にかかる費用を差し引いても生産的な障害を持つ労働者を雇用することから使用者が利益を得られるケースから、最終的には、労働市場にとどめることなく社会給付による保護の方が経済的に効率であるケースまで分類している。

## 8. 差別禁止法に定められた合理的配慮の意義と課題

本節では、アメリカでなされてきた **ADA** 第 1 編の合理的配慮に関する議論をまとめて、体系的に合理的配慮を見直すことにする。その上で、合理的配慮の理解の難しさは、常に **ADA** 第 1 編の考える平等とはどういうものかが問われていることに起因していること、そうであるからこそ、合理的配慮について考えることが、障害によって生じる差別的状況を見直す契機となり得ることを確認する。

### (1) **ADA** 第 1 編における合理的配慮の状況

合理的配慮の概念は公民権法第 7 編において宗教差別の分野で導入され、リハ法において障害差別の分野にも取り入れられた<sup>1311</sup>。アメリカでは **ADA** 成立前から合理的配慮概念が存在したものの、宗教への配慮では使用者にわずかな費用以上のものを求めているとされていたし、リハ法が適用されるのは政府機関及び政府機関より資金援助を受けている団体に限定されている。そのため、民間の事業者にも適用される **ADA** 第 1 編では、どのような範囲でどの程度の合理的配慮義務を適用団体に求めているの

---

<sup>1309</sup> See *supra* notes 1165-1167 and accompanying text.

<sup>1310</sup> Alex B. Long, Reasonable Accommodation as Professional Responsibility, Reasonable Accommodation as Professionalism, 47 U.C. Davis L. Rev. 1753, 1758 (June, 2014).

<sup>1311</sup> See *supra* notes 334-336 and accompanying text.

か、新たに検討する必要があった<sup>1312</sup>。しかし、合理的配慮が過度の負担となるかどうかについては個々のケースで分析を行うことが効果的かつ有用であるとされ、合理的配慮には明確な上限が設けられず、柔軟性のある規定が採用された<sup>1313</sup>。

また、公民権法第 7 編の下では、基本的に、同じ状況の人を同じように扱わないことを禁止する同一取扱いにより平等を確保しようとしており、これに対して、障害に関わる特徴を考慮に入れて、異なる取扱いを求める合理的配慮は、従来の差別禁止法と同じ平等を目的とするものとみなされ難いところがあった<sup>1314</sup>。つまり、ADA 第 1 編で求められる合理的配慮に関して、従来の差別禁止法の下での平等確保のためのアプローチとの違いを改めて明確にしなければ、従来の解釈が当てはめられるという危険があった。

EEOC は、ADA 第 1 編の施行後に生じた問題の複雑さから、法律上の規定を明確にし、解釈を記したガイドライン（EEOC 指針）を作成している<sup>1315</sup>。ただし、アメリカでは EEOC 指針で示された見解にのっとり司法判断がなされるわけではなく、また、EEOC も本指針の中で裁判所の判断を否定しているところもあり、合理的配慮に統一的な解釈が生じにくいアメリカの事情もあった<sup>1316</sup>。

アメリカでは合理的配慮に付随する曖昧さから生じる問題については最終的に司法判断を仰ぐことになり、判例によって、合理的配慮の枠組みが明らかにされてきた。特に、ADA 第 1 編に基づく合理的配慮の提供を受ける上で満たすべき要件については、第 4 節で示した通り、条文上明らかな要件に加え、判例によって明らかにされたものがある。その中でも、判例により明確にされた合理的配慮と本質的職務機能との関係、配慮の合理性と過度の負担の関係に ADA 第 1 編の特徴がある。

ADA 第 1 編は、障害を理由に本質的職務機能の遂行が可能な者を差別することを禁止している。ADA 第 1 編の法的保護を受けるためには、合理的配慮の提供があれば（もしくは、なくても）希望する、もしくは、雇用されているポジションで使用者が定めた本質的職務機能を遂行できること（＝適格性を有すること）が前提となっている。合理的配慮があれば、職務の本質的機能の遂行が可能になるにもかかわらず、配慮を提供しないことは ADA 第 1 編が禁止する差別に該当する。

ただし、合理的配慮を提供することによって、職務の本質的機能を免除、変更することになる場合、そのような配慮は合理的ではないと判断される。何が職務の本質的機能となるかを決定する裁量は、第一義的には使用者にある。たとえば、職場に来ることが本質的機能である場合、過度な遅刻や欠勤、長期間の休職によって職場に来られない場合には、本質的職務機能の遂行ができないと判断され、ADA 第 1 編では法的保護を受けられないこともある。なお、周辺の機能の再編成は、合理的配慮として求めら

---

<sup>1312</sup> See *supra* notes 405-407 and accompanying text.

<sup>1313</sup> See *supra* note 408 and accompanying text.

<sup>1314</sup> See *supra* notes 1096-1097 and accompanying text.

<sup>1315</sup> See *supra* notes 408-429 and accompanying text.

<sup>1316</sup> See *supra* notes 473-476 and accompanying text.

れており、それを提供しないことは差別となる。基本的に、合理的配慮は職務の本質的機能を遂行するためのものであり、合理的配慮を受ける権利を有するのは、適格性を有する個人に限られる。

ADA 第 1 編では、配慮が合理的であることと過度な負担とならないことは、表裏一体の関係ではない。合理的配慮の提供義務に対し、過度な負担は消極的要件となるものの、裁判では、過度な負担か否かを判断する前に、障害を持つ個人から要求された配慮が合理的なものかどうかの問題となる。合理性判断は、過度な負担の判断要素とは異なる基準で行われ、合理性が肯定された後、当該配慮が過度な負担を使用者に及ぼすかどうか判断される。たとえば、配慮の提供により他の労働者がより長い時間より多くの仕事をしなければならないとしたら、そのような配慮は合理的ではないとされることもある<sup>1317</sup>。このように合理性が否定された場合、使用者にとって過度な負担となるかは説明する必要はない。

なお、この配慮が合理的であるかどうかの判断では、使用者が一律に労働者に適用している中立的ルールと合理的配慮との関係が注目されている<sup>1318</sup>。障害のない労働者は職場の中立的なルールを遵守しなければならない一方で、障害を持つ労働者にはそのようなルールに反する配慮が認められるという点で、不公平な利益を与えていると捉えられるという問題がある。たとえば、睡眠障害と配慮内容には関連があり、柔軟な出勤時間を認めることで職務遂行が可能となるのであれば、配慮として合理的であると考えられるものの、それでも、他の労働者にはない権利が認められているという点で、「優先的取扱い」や「不公平な利益」と捉えられてしまうことが、合理的配慮による平等の確保を困難にしているといえる<sup>1319</sup>。他の労働者との不公平感は、同一取扱いを要求する場合にはない合理的配慮特有の問題である。そのため、平等な取扱いといえる合理的配慮（異なる取扱い）の範囲が問われてきた。この点について、Ball は、障害のない人々の選択によって形成された社会の中で、ある種の「優先的取扱い」をしないで、障害を持つ人々に対して平等な機会や平等取扱いを確保することはできないとする見解を示している<sup>1320</sup>。

## (2) 空きのあるポジションへの配置転換に関する議論

ADA 第 1 編で合理的配慮に「空きのあるポジションへの配置転換」を含めたことは、リハ法とは異なる点である。ADA 第 1 編では、現在のポジションで求められる本質的職務機能を遂行できなくなった労

<sup>1317</sup> See *supra* notes 540-545 and accompanying text.

<sup>1318</sup> See *supra* notes 586-589 and accompanying text.

<sup>1319</sup> たとえば、睡眠障害を有する弁護士が配慮として柔軟な出勤時間の設定を求めたものの、法律事務所は配慮提供を拒否し、当該弁護士を解雇したため、当該弁護士が法律事務所を相手に提訴したことに対し、「大手法律事務所の弁護士が眠りたいだけ寝ていられるのか」という非難の声もみられる

(Available at <http://www.businesswire.com/news/home/20111122005460/en/#.VGRIWvmzJcY> (last visited 2018/01/26)). また、他の障害を持つ弁護士も同様に合理的配慮の要求に対して批判的な反応を受けた経験があることを明らかにしている (Alex B. Long (2014), *supra* note 1310, at 1777)。

<sup>1320</sup> See *supra* notes 1106-1109 and accompanying text.

働者に対し、最終手段として「空きのあるポジションへの配置転換」が考慮される<sup>1321</sup>。合理的配慮の中で「空きのあるポジションへの配置転換」がその他の配慮と異なるのは、必要な本質的職務機能を遂行できない状況にあり、現在のポジションでは適格性を満たさない者が対象となっていることである。現在のポジションでは雇用継続が困難になった者に対して別の雇用機会を与えるという点で、障害を持つ個人が現在のポジションで本質的職務機能を遂行できるようにするために行う配慮とは性質が異なる<sup>1322</sup>。

ただし、障害を持つ労働者であれば、配置転換により必ず雇用が維持されるわけではなく、配置転換先のポジションは空席であること、そして、当該ポジションに必要な適格性を有していることが求められる。適格性は、配置転換という合理的配慮があれば、配置転換先の職務の本質的機能を遂行できるかどうかで判断される。また、配置転換先のポジションは現在のポジションと同等かそれ以下で、昇進を伴わない。なお、障害を持つ労働者を配慮するために、他の労働者をポジションから追い出したり、新たに必要のないポジションを作ったりする必要はない。配置転換ではそもそも空席のみを対象としているので、その点では、他の労働者の権利を侵害しないとされる<sup>1323</sup>。

しかしながら、このように空きのあるポジションへの配置転換にかかる条件は比較的明らかであるものの、配置転換においても、異動に関する中立的なルールとの関係が問題となった。

アメリカでは、解雇自由原則に基づく使用者の恣意的な解雇を制限するため、使用者の裁量権に制限を設ける先任権制度が広く用いられている<sup>1324</sup>。労働協約で規定されている場合、そうでない場合があるが、勤続年数をもとに労働者の取扱いを決定するもので、アメリカの労働市場では広く認知されている制度である。また、使用者が「最も適格な人を採用する方針」といった中立的ルールを設けている場合があり<sup>1325</sup>、そのような異動に関する中立的なルールに基づき取扱いを決めた結果、他の労働者を当該ポジションに配置し、合理的配慮として「空きのあるポジションへの配置転換」を求める障害を持つ労働者には、結果的に配置転換がなされなくても、合理的配慮の不提供という差別を構成しないのかどうか問題となった<sup>1326</sup>。

ADA 第 1 編の合理的配慮規定には「空きのあるポジションへの配置転換」が例示列举の形で明示されており、裁判でも合理的配慮のひとつとして認められている<sup>1327</sup>。配置転換が合理的配慮であれば、異

<sup>1321</sup> See EEOC 指針 “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE – reassignment”, *supra* note 333.

<sup>1322</sup> See *supra* notes 1168-1169 and accompanying text.

<sup>1323</sup> 本章「6 (2) 中立的な職場ルールと対立する場合に合理的配慮の優先を認めるかどうか」参照。

<sup>1324</sup> See *supra* notes 904-906 and accompanying text.

<sup>1325</sup> 本章「6 (2) (ウ)②a」「最も適格な人を採用する方針」「競争入札方針」を参照。

<sup>1326</sup> 本章「6 (2) 中立的な職場ルールと対立する場合に合理的配慮の優先を認めるかどうか」を参照。

<sup>1327</sup> 本章「6. ADA 第 1 編における裁判例の検討－合理的配慮の提供義務をめぐる個別的な事案②」「現在のポジションにおける本質的職務機能を遂行できなくなった場合の配慮」を参照。

なる取扱いが求められると考えられるものの、それでも「同一取扱い」を「平等取扱い」と捉える伝統的な反差別アプローチに同化させる傾向が見られた<sup>1328</sup>。この場合、従来の差別禁止法の中では合法かつ非差別とされてきたルールが合理的配慮と対立するとしても、障害の有無に関わらず一律に同じルールを労働者に適用することは、障害を持つ労働者を障害のない労働者と同じように扱った結果であり、差別には当たらないとされる<sup>1329</sup>。Huber 判決では、障害を持つ労働者が要求した配慮の提供を使用者が拒否したことについて、障害を持つ労働者を障害のない労働者と同じように扱ったにすぎないと判示されている<sup>1330</sup>。

一方で、合理的配慮としての配置転換は、空きのあるポジションを他の労働者と同等に競争して獲得できる機会を与える以上のことを求めているとする判断もある<sup>1331</sup>。使用者が「最も適格な人を採用する方針」を一律に適用している場合でも、障害を持つ労働者が空きのあるポジションに求められる適格性を有しているのであれば、基本的には、合理的配慮義務として配置転換を行わなければならないとされている<sup>1332</sup>。中立的なルールに反するというだけで、配慮が合理的ではないということはできないと Barnett 判決で判示されたことで、先任権制度以外では、上記のような解釈もみられる<sup>1333</sup>。なお、中立的なルールの中でも先任権制度は、Barnett 判決で、労働者の公正で均一な取扱いに対する期待を保障するものとされ、特別な状況において先任権制度の例外を認めることが合理的であると示される場合を除き、一般的に合理的配慮よりも優先されると判示されている<sup>1334</sup>。

学説では、ADA 第 1 編の障害を持つ個人を社会、経済の主流に加えるという目的に照らし、「最も適格な人を採用する方針」が例外なく適用されているならば、障害を持つ労働者が最も適格である場合のみ、空きのあるポジションへの配置転換が合理的であるとするのは、その目的に反するという見解もある<sup>1335</sup>。また、Porter は、障害を持つ労働者は、現在のポジションでは本質的職務機能を遂行できなくなって、失業する前の最終手段として配置転換を希望している。つまり、配置転換ができなければ職を失う障害を持つ労働者と、単に異動を希望する労働者では、置かれている状況が異なることを指摘している。そこで、異なる状況にある労働者間の違いを考慮しないまま、障害を持つ労働者への「優先的取

---

<sup>1328</sup> Samuel R. Bagenstos (2009), *supra* note 393, at 55-56.

<sup>1329</sup> See *supra* notes 1012-1018 and accompanying text.

<sup>1330</sup> Huber, 486 F.3d at 484.

<sup>1331</sup> See EEOC 指針 “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB

PERFORMANCE – reassignment”, *supra* note 333. EEOC 指針では、配置転換は、労働者が空きのあるポジションを競争して獲得することができるという意味ではなく、配置転換とは、労働者が当該ポジションにおいて適格であれば、当該ポジションに就くという意味であるとされている。

<sup>1332</sup> See *supra* notes 1039-1048 and accompanying text.

<sup>1333</sup> See *supra* notes 974-975 and accompanying text.

<sup>1334</sup> See *supra* notes 952-953 and accompanying text.

<sup>1335</sup> See *supra* notes 1187-1189 and accompanying text.

扱い」とみなして、配慮が提供されないことは適切ではないと考え、空きのあるポジションへの配置転換にかかる合理性は、失業するか否かで判断すべきという提案をしている<sup>1336</sup>。

### (3) 差別的状況を改善する合理的配慮の役割

合理的配慮の不提供が差別を構成することについては、単に意図的な差別を禁止する規定では、自らの障害を持つ人々に対する偏見を認識していない使用者の行為にほとんど影響を与えることはないため、使用者に対して意図的でない差別に目を向けさせ、職場は中立的に構成されたものではなく、障害のない多数派によって、多数派のために作られていることを認識させる効果を求めたとされる<sup>1337</sup>。言い換えれば、障害を持つ労働者の必要に配慮しない使用者は、無意識に、障害のない人々に競争上の優位性を与えており、障害を持つ人々に対して偏見を抱いているものとして扱うのが適当とされた<sup>1338</sup>。

ADA 第 1 編では、職務遂行能力があるのに、労働環境において直面する様々な障壁によって、雇用機会が奪われている状況を失くすため、使用者に合理的配慮を提供することを義務づけている<sup>1339</sup>。この合理的配慮と既存の差別禁止規定との関係について、Jolls や Crossley は、合理的配慮は異なる取扱いを認めるものであっても、配慮をすることで、障害を持つ個人に障害のない個人と平等な機会にアクセスできることを保障している点で、その他の差別禁止規定と実質的に同じであるとしている<sup>1340</sup>。そのため、合理的配慮は、社会的障壁を除去し、「条件を公平にする (Level the playing field)」ための手段とされる<sup>1341</sup>。

ADA 第 1 編の合理的配慮には、採用時における均等な機会の確保、職務遂行を可能とするための配慮、他の労働者と同等の利益を享受するための配慮があるとされる (29 C.F.R. §1630.2(o)(1))。ADA 第 1 編は、雇用平等を前提とするため、障害を持つ個人に配慮するために新たなポジションを設けたり<sup>1342</sup>、解雇を猶予したりするのは、「優先的取扱い」とみなされ、基本的に、そのような配慮は求められない<sup>1343</sup>。法の目的である機会均等を達成するための「優先的取扱い」は、「合理的配慮」として義務づけられると解されることがあるものの、その目的を超えて、障害を持つ個人に不平等な利益を与えると解される場合、過度の負担でなくとも、配慮として合理的ではないとされ得る。

<sup>1336</sup> See *supra* notes 1199-1203 and accompanying text.

<sup>1337</sup> S. Elizabeth Wilborn Malloy (2001), *supra* note 387, at 623-624.

<sup>1338</sup> *Id.* at 624.

<sup>1339</sup> See *supra* notes 1100-1112 and accompanying text.

<sup>1340</sup> Christine Jolls (2001), *supra* note 1119, at 644-645; Mary Crossley, *supra* note 962, at 863-864.

<sup>1341</sup> Matthew Diller, *supra* note 370, at 41; Michelle A. Travis (2009), *supra* note 394, at 905.

<sup>1342</sup> See *supra* notes 605-611 and accompanying text.

<sup>1343</sup> See *supra* notes 551-556 and accompanying text.



ちなみに、Karlan & Rutherglen は、合理的配慮に関する具体的考察が、より一般に雇用差別禁止法を再考する機会になるとしている<sup>1344</sup>。たとえば、厳しい出勤方針を一律に適用することは、障害を持つ労働者にとって不利な状況を生み出しかねないだけでなく、妊娠している女性労働者や子供を持つ労働者にも、同様の差別的な影響を与えかねない<sup>1345</sup>。これを受けて、障害だけでなく、たとえば育児や介護といった家族ケアの責任を負う労働者に対しても、合理的配慮を提供することを提案している研究者もいる<sup>1346</sup>。合理的配慮の対象を、障害を持つ労働者だけでなく、他の差別禁止法の対象となるグループに広げた場合、柔軟な勤務スケジュールで働く選択肢が増えることで、育児を担う女性が特定の仕事を引き受けることが可能となる、また、特定の人種、民族的グループのメンバーが、個別に訓練や教育を受けることができるようになることで、社会的な理由での不足分を補うことができるという期待がある<sup>1347</sup>。合理的配慮は実質的な平等取扱いを確保するものであるからこそ、障害者雇用分野以外にも拡張され得るものである。

## 9. ADA 第 1 編における合理的配慮に関する本稿の分析

本章では、ADA 第 1 編の合理的配慮とそれに関連する内容について、アメリカでの議論を取り上げてきた。連邦裁判所の判断、学説上の解釈を紹介することで、ADA 第 1 編で求められる合理的配慮の枠組みを示してきた。本節は、これまでの考察を通して、ADA 第 1 編の合理的配慮にかかる問題について、本稿独自の視点で分析する。

ADA 第 1 編は、障害を理由とする差別の禁止によって、障害を持つ個人への機会均等の確保を目的とした雇用差別禁止法である。ただし、障害の特徴を考慮に入れず、障害のない個人と障害を持つ個人を同じように扱うだけでは、機会均等は確保できないため、ADA 第 1 編では、障害を持つ個人に対して異なる取扱いを求める合理的配慮義務が規定されている<sup>1348</sup>。ADA 第 1 編では、適格性を有する障害者に対して、合理的配慮を提供しないことは、障害を理由とする差別を構成する (§12112(b)(5))。この障害を持つ個人に障害のない個人と均等な機会を確保しようとする平等概念を「雇用平等」と呼ぶことにする。

### (1) ADA 第 1 編の合理的配慮の枠組み

本稿の視点で ADA 第 1 編の合理的配慮の重要なポイントと考える 5 点を紹介する。

<sup>1344</sup> Karlan & Rutherglen, *supra* note 414, at 38.

<sup>1345</sup> Alex B. Long (2014), *supra* note 1310, at 1777-1778.

<sup>1346</sup> Joan C. Williams and Nancy Segal, Beyond the Maternal Wall: Relief for Family Caregivers Who are Discriminated Against on the Job, 26 Harv. Women's L.J. 77, 86 (2003).

<sup>1347</sup> Karlan & Rutherglen, *supra* note 414, at 39-40.

<sup>1348</sup> Bonnie Poitras Tucker, *supra* note 1099, at 344.

①第一義的には、ADA 第 1 編で求められる合理的配慮は、法の目的とする雇用平等を実現するためのもので、特別に障害を持つ個人の雇用を確保したりするようなものではない。②合理的配慮の消極的要件として過度な負担が規定されているが、過度な負担と配慮の合理性で扱われる問題は異なるものである。求められた配慮が ADA 第 1 編の射程範囲に含まれるかどうかという問題は、過度な負担ではなく合理性判断で扱われる。③適格性をベースに障害を持つ労働者に対して「雇用平等」を確保しようとしており、ADA 第 1 編の下では「本質的機能」にかかる能力のみが問われる。「周辺の機能」も含めてあらゆる能力を問うことは、障害を持つ個人にとって不利になる可能性が高い。④「雇用平等」の視点から合理的配慮を捉えたとしても、法が目指す平等を、同一取扱いによって確保するのか、障害による違いを考慮し、異なる取扱いによって確保するのか、どちらの解釈をとるのかによってその在り方が変わる。⑤さらに、「雇用平等」との結びつきの強い ADA 第 1 編の合理的配慮の中でも、能力ベースの平等よりもむしろ障害を持つ労働者の雇用維持を重視しているものがあると考えられる。特に、空きのあるポジションへの配置転換は、雇用の維持を重視する「雇用保障」の視点から捉えた場合と「雇用平等」の視点から捉えた場合で、合理性判断が分かれているといえる。求められる配慮内容は、合理的配慮の概念的な位置づけによって異なる。

以下では、上記のポイントの①～③を具体的に説明する。④と⑤については、概念的な分析から本稿独自の見解を説明するため、④については、次項(2)で、⑤については(3)及び(4)で扱う。

①と②について、合理的配慮は、それを規定した法の射程範囲に入るものに限られる。ADA 第 1 編が障害を理由とする雇用差別を禁止する法であり、障害を持つ個人の雇用を積極的に促すものではない。そのため、ADA 第 1 編の合理的配慮は雇用平等との結びつきが強い。基本的に、障害を持つ個人に配慮するために、新たなポジションを設けることは、アフーマティブ・アクションを求める法ではないという理由で、ADA 第 1 編が要求するものではないとされる。

また、ADA 第 1 編では、要求された配慮が法の射程範囲に含まれるかどうかは合理性判断で検討され、過度な負担とは問題が区別されている。次項以降で取り上げるように、配慮が合理的とされる範囲は、法の求める平等の範囲と深くかかわってくる。また、特定の配慮が、障害を持つ個人の本質的職務機能の遂行を可能にするものかどうか、過度な負担ではなく合理性判断で行われる。

③について、雇用平等を確保するためには、そのベースとなる基準をどのように設定するかは非常に重要である。ADA 第 1 編では、職務の本質的機能を遂行する能力をベースに考えられており、周辺の機能が行えなくても、本質的機能さえ遂行できれば良いとされている。「雇用平等」のベースとなるのは、職務能力であるが、職務のあらゆる機能をその評価の対象とするのではなく、「本質的機能」に限るという考え方が、障害を持つ個人に障害のない個人と均等な機会を確保する上では重要となる。障害を持つ人に不利にならないように、周辺の機能まで問わない調整がなされている。しかしながら、基

本的には、あくまで「雇用平等」が法の趣旨であり、障害を持つ個人を労働市場に包摂することではないため、平等のベースに満たない個人は、平等に扱う対象とならない。法が「雇用平等」を前提としたものであるために、合理的配慮としても、本質的職務機能を遂行できない障害を持つ労働者に対し、本質的機能を免除するような配慮は求められない。

## (2) 同一取扱いと合理的配慮による異なる取扱い—ADA 第 1 編の平等概念

ADA 第 1 編で求められる合理的配慮は、法の目指す「雇用平等」を実現するための手段とされ<sup>1349</sup>、障害を持つ個人を有利に扱うものではなく、障害を持つ個人と障害のない個人との条件を公平にするものとされる<sup>1350</sup>。本項では、中立的なルールを一律に適用し、当該ルールの下で、障害を持つ個人と障害のない個人を同じように扱うことと、障害を持つ個人に対して異なる取扱いをするよう求める合理的配慮との関係から、ADA 第 1 編の求める平等について検討する。

アメリカでは、障害を持つ労働者が障害のない労働者と同じ環境で就労するからこそ、同じ労働条件下で働くことが要請される。そのため、従来の法の観点から合法かつ非差別的とされてきた中立的ルールについて、障害を持つ個人にも一律に適用することは、障害を持つ個人と障害のない個人を同じように扱っているだけと判断されることもある<sup>1351</sup>。

アメリカでは、公民権法第 7 編など従来の雇用差別禁止法の下で、特定のグループに対して差別的効果をもたらす基準、制度、慣習など（職場のルール）を使用することは禁止されてきた。ADA 第 1 編の下でも、特定のグループ（この場合は障害を持つグループ）に対して差別的効果がある場合、そのようなルールの使用は禁止されている。その一方で、これまで障害のない人々を中心として形成されてきた慣習や制度等のルールが、類型的に障害を持つグループに対し差別的効果をもたらすものでないとしても、特定の状況にある障害を持つ個人には不利に働くことは容易に想像される。

ADA 第 1 編では、合理的配慮によって障害を持つ個人が平等に競争できる均等な機会を確保することを求めているにすぎないとされる<sup>1352</sup>。中立的なルールの下での同一取扱いを「平等取扱い」とみなす場合、障害を持つ個人に対する異なる取扱いは、「平等取扱い」ではなく「優先的取扱い」とであるとみなされる。一方、平等に競争できるよう障害を持つ個人と障害のない個人との間の条件を公平にするために異なる取扱いが必要であると考えられる場合、異なる取扱いは、「平等取扱い」のための「優先的取扱い」とであるとみなされる。言い換えれば、法の目的である機会均等を達成するための「優先的取扱い」は、「平等取扱い」を確保するためのものとするのか、それとも、障害のない個人は受けられない扱

<sup>1349</sup> ADA 第 1 編では、合理的配慮の不提供は差別を構成するため、差別禁止法理の一環として合理的配慮が位置づけられている。

<sup>1350</sup> See *supra* notes 1094-1099 and accompanying text.

<sup>1351</sup> See *supra* note 1330 and accompanying text.

<sup>1352</sup> See *supra* notes 1103-1105 and accompanying text.

いを、障害を持つ個人に認めることが不公平な利益を与える「優先的取扱い」捉え、「平等取扱い」ではないと考えるのかどうか問われてきたといえる。

異なる取扱いを、障害を持つ個人と障害のない個人との間の「平等取扱い」のためのものとする場合にも、障害のない個人に対しては行われたい配慮を、障害を持つ個人に対してはどこまで行うのが合理的なのか（平等を実現する上で必要なのか）という問題が、合理性判断の中で現れているといえる。配慮の合理性判断の中で、ADA 第 1 編が合理的配慮として求める異なる取扱いがどのようなものであれば、「平等取扱い」といえるのか、法の射程範囲が問われてきたと分析している<sup>1353</sup>。

これまで障害のない人々を中心として形成されてきた慣習や制度への適合を求め、障害を持つ労働者への負の影響に配慮しないのであれば差別となり得る。しかし、実際には、これまで差別であると人々が意識していなかったものに対して、対応をせまることもあって、中立的なルールに、障害を理由（合理的配慮の提供を含む）とする場合の例外を設けたり、中立的なルールを適用しないで合理的配慮を優先したりといったことは、なかなか認められてこなかった<sup>1354</sup>。また、障害を持つ個人にのみ合理的配慮の請求権が認められていることが、請求権のない者に不利益をもたらすという思い込みも、同一取扱いに固執し、合理的配慮を否定する要因となったと考えられる<sup>1355</sup>。

Verizon の同意判決では、厳格な出勤方針を一律に適用し、障害を理由とするものにも例外を認めず、その他の理由と同じように扱い、欠勤（休暇）日数によって最終的には解雇を含む処分がなされてきたことについて、合理的配慮の不提供であるという EEOC の主張が認められている<sup>1356</sup>。ADA 第 1 編では、使用者に合理的配慮の提供を義務づけており、障害があるために必要となる欠勤（休暇）に対して、有給もしくは無給の休暇を与えるよう求めている。たとえば、障害を持つ個人が休暇を必要とする理由に、治療（手術、心理療法、薬物乱用治療、透析など）、リハビリ、理学療法、作業療法、病気、障害の一時的兆候からの回復、車椅子、特別車両、人口装具などの修理、職場の一時的な悪条件（たとえば、エアコンの故障により室内温度が異常に高いと多発性硬化症の労働者には深刻な被害をもたらし得る、など）、介助犬の訓練、点字や手話の利用に関する訓練の受講、などが挙げられる<sup>1357</sup>。これらを理由とする欠勤（休暇）については、本来は合理的配慮として提供されるべきである。しかし、この合理的配慮が提供されなかった結果、障害が原因で欠勤（休暇）をした場合も、上記の出勤方針では、

---

<sup>1353</sup> ADA にかかる日本の先行研究でも、障害を持つ労働者にのみ提供される配慮は、平等保障の観点から、「合理的 (reasonable)」であるといえるかどうか慎重に検討されると指摘されている（前掲注 298 参照。）。

<sup>1354</sup> See *supra* notes 1000-1008 and accompanying text.

<sup>1355</sup> See *supra* note 1108 and accompanying text.

<sup>1356</sup> 本章「5 (2) (ア)出勤・欠勤に関する職場のルール」を参照。

<sup>1357</sup> EEOC 指針 “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE – leave”, *supra* note 333.

欠勤扱いとしてカウントされるというのであれば、合理的配慮の不提供という差別が構成される<sup>1358</sup>。

あるいは、当該ルールでは、合理的配慮として提供された休暇も、欠勤（休暇）扱いとなるならば、合理的配慮を請求する労働者の権利を阻害することになる。障害とは関係のない、その他の理由による欠勤（休暇）を重ねた場合は、同一取扱い（当該ルールに基づき処分を決定すること）が可能であるとしても、障害を理由とする欠勤（休暇）も、同じように扱うことは、障害を持つ労働者を労働市場から排除することにつながる。

以上のように捉えると、一律に適用されている中立的なルールの下で全く同じ扱いをすることが、**ADA 第 1 編**における「平等取扱い」ではなく、障害を持つ個人にとっての社会的障壁を除去する合理的配慮の提供を考慮に入れることが求められているといえる。上記の出勤方針の例でいうと、障害を理由としない、その他の理由での欠勤（休暇）という点で、障害を持つ労働者と障害のない労働者の条件を揃えた上で、同じように扱うことが、**ADA 第 1 編**で求められていると本稿では考えている。

### （3） 雇用保障と合理的配慮－能力を判断する時期を先延ばしにする

**ADA 第 1 編**は、あくまで雇用差別禁止法であり、合理的配慮として行われる異なる取扱いも、障害を持つ個人と障害のない個人との間の条件を公平にするためのもので、目的としては雇用平等の確保であると考えられている。これに対し、本稿は、**ADA 第 1 編**の下でも一部の判断には、雇用平等というよりも、むしろ、障害を持つ労働者の雇用を維持し、労働市場にとどめる雇用保障的機能を持つ配慮も合理的としてきたと考えている。

以下では、休職期間満了時の解雇判断に関して、解雇の時期を先延ばしにすることで障害を持つ労働者の雇用を維持しようとするケースがあること、次項で「空きのあるポジションへの配置転換」には、明確に、障害を持つ労働者の雇用を維持する目的があることを示す。これらは、雇用維持を目的としたものと位置づけて「雇用平等」とは別概念で捉えた方が、説明が付きやすいこと、そして、適格性をベースとした「雇用平等」と障害を持つ労働者を労働市場にとどめる「雇用保障」のどちらを重視するかで、判断が分かれてきたという本稿の分析を示す。

休職は、ある一定期間、本質的な職務機能の遂行ができない状態にある労働者を休ませ、復職できる状態に回復させるための配慮である。欠勤（休暇）よりも長期間、職場を不在にするが、休職が認められている期間中は、障害を持つ労働者に本質的な職務機能を遂行する能力が失われていても、**ADA 第 1 編**の法的保護の対象から外れるわけではない。将来的に本質的な職務機能を遂行できるようになることを見

---

<sup>1358</sup> 遅刻や欠勤によって警告を受けている労働者には、在宅就労を認めないという規則について、遅刻や欠勤が障害を理由として生じたものであれば、配慮すべきとした判断もある（*Humphrey*, 239 F.3d at 1137.）。

込んで、休職は認められる。ただし、個別のケースにより期間は異なるものの、長期にわたり出勤できないことは、本質的な職務機能を遂行できないと判断され得る<sup>1359</sup>。

一定期間休むことで、職を失うリスクを負うとすれば、特定のグループに不利に働くと考えられる。そのため、あらかじめ雇用差別の可能性を排除するために、FMLA<sup>1360</sup>では、子供の出産や育児、配偶者、子供、親の介護、自身の健康状態を理由に休暇（休職）を取得する権利を労働者に認めている。単に、使用者にとっては事業運営上の理由もしくは費用の面から、労働者の休暇を認めたくないとしても、それが特定のグループの雇用の維持を困難にするため、FMLAのような制度が設けられている<sup>1361</sup>。FMLAには休職期間に上限が設けられているため、健康状態を理由にFMLAを利用して休職していた障害を持つ労働者が、FMLAで認められている期間を超える休職を必要とする場合、合理的配慮としての休職が考慮される。

ADA第1編では、合理的配慮としての休職に上限を設けていないものの、無期限の休職は求められていない。いずれかの時点で、適格性を満たすかどうかの判断がなされる。本質的な職務機能の遂行能力の有無を見極め、復職か解雇かを判断するタイミングを決めるのに職場の休職規定などが用いられることが多い。たとえば、障害を持つ労働者が会社の休職規定で認められた休職を取得している場合、休職期間満了の時点で本質的な職務機能の遂行が可能かどうか問われることになる。

休職に関する規定の適用について、多くの場合は、障害を持つ労働者と障害のない労働者を区別しないで、休職に関する中立的なルールにのっとり、障害を持つ労働者が解雇されたとしてもADA第1編違反とはならないと判示されている<sup>1362</sup>。たとえば、上述した休職期間満了の時点など、使用者のルールで決められたタイミングで、本質的な職務機能を遂行できなければ、障害を持つ労働者の解雇が可能となる。

そうした中でも、近い将来、従来の職務で求められる本質的な機能を遂行できることを前提に、合理的配慮としてさらに休職を認めるケースが存在する。あらかじめ制度で認められている解雇猶予期間を過ぎても、復職の見込みがあり、合理的配慮として、無給で休職を継続させることが使用者にとって過度の負担であることを証明できなければ、さらに数か月休職期間を延長することが求められている<sup>1363</sup>。

ある意味で、休職の延長により、休職期間満了の時点での本質的な職務機能の遂行能力を問わないことは、一時的であれば、本質的な職務機能の免除を認めることになる。非常に稀ではあるが、中立的なルールに基づく解雇判断の時点では、どのような配慮を行っても本質的な職務機能を遂行できる状態に

---

<sup>1359</sup> See *supra* note 817 and accompanying text.

<sup>1360</sup> 本章「5 (4) 会社の休職（休暇）制度やFMLAに基づく休職と配慮の関係」を参照。

<sup>1361</sup> See *supra* notes 1122-1124 and accompanying text.

<sup>1362</sup> See *supra* notes 836-837 and accompanying text.

<sup>1363</sup> See *supra* notes 839-841 and accompanying text.

ない労働者に対して、休職の延長を認めて判断時期をずらせば、近い将来本質的職務機能の遂行が可能であるとして、このような配慮を合理的と認めるケースが ADA 第 1 編の中にも存在する。

あくまで、ADA 第 1 編の合理的配慮は、本質的職務機能の遂行が可能な、適格性を有する労働者に対して提供されるものとすれば、この場合、将来的に本質的機能を遂行する能力が復活すると見越して、休職によって適格性の有無を判断する時期を先延ばしにしているという点で、上述の枠組みでは説明が付き難い合理的配慮と捉えることができる。

#### (4) 雇用保障と合理的配慮－能力ベースの競争方針を適用しない

本項では、合理的配慮のひとつである「空きのあるポジションへの配置転換」に着目し、合理性判断が裁判所で分かれた背景を本稿独自の視点である「雇用保障」概念を用いて分析する。

「空きのあるポジションへの配置転換」は、障害によって現在のポジションでの本質的職務機能の遂行が困難になった労働者に対して、当該職務を継続するためのあらゆる配慮を検討した上で、それでも実現可能な配慮がない場合に、最終手段として考えられる<sup>1364</sup>。一般的に、アメリカでは職務ベースの雇用管理が行われており、労働契約上職務の限定がある<sup>1365</sup>。そのため、先任権制度が存在する場合は先任権を行使して異動したり、また、社内公募で異動を申請したりすることは可能であるものの、そのような制度にのっとり、現在着任しているポジションでは適格性を満たさない者に別の雇用機会を与えることは、通常行われない。合理的配慮としての配置転換は、ある意味で別の雇用機会を与えるものであり、雇用されている者にのみ考慮される、特別な配慮として ADA 第 1 編に組み込まれているといえる。

ADA 第 1 編の下では、合理的配慮として障害を持つ労働者が配置転換を求めている場合にも、使用者が「最も適格な人を採用する方針」に基づき、空席に誰を配置するかを決定しても良いのかどうかの問題となってきた。採用の段階では、「最も適格な人を採用する方針」にのっとり、募集中のポジションに応募した候補者の中から、最も適格な人を採用した結果、障害を持つ個人を不採用としても、障害を理由に差別したことにはならない。その意味では、「最も適格な人を採用する方針」の適用が一概に差別的効果をもたらし、法に反するとはいえない。

ただし、ADA 第 1 編では合理的配慮義務が規定され、「空きのあるポジションへの配置転換」は合理的配慮のひとつとされている。空席への配置転換を求めている労働者に対して、「最も適格な人を採用する方針」を理由に配慮を行わなかった場合には、合理的配慮義務に欠けるか否かが問題になる。当該

<sup>1364</sup> EEOC 指針 “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE – reassignment”, *supra* note 333.

<sup>1365</sup> アメリカの雇用慣行と日本の雇用慣行の違いについては、次章「2 (1) アメリカの雇用慣行と障害者雇用」を参照。

方針を適用すると、配置転換はあくまで能力ベースで行われ、障害を持つ労働者は、他の候補者との競争の結果、最も適格な場合にのみポジションを得ることができる<sup>1366</sup>。

これに対し、合理的配慮を優先させ、最も適格でないが、少なくとも適格性を有している場合には配置転換を行うとすることで、障害を有するために労働市場から排除されるという不利益を防止することができる。障害を持つ労働者が失業するのに対し、他の労働者は、現職にとどまるだけで、同じ状況にあるとはいえないため、障害を持つ労働者への配置転換を優先することを正当化する意見もある<sup>1367</sup>。

しかしながら、そのように考えても、障害を持つ労働者の失業という不利益を防ぐために、より適格な他の労働者ではなく、障害を持つ労働者を優先的に配置転換するよう求めているとすれば、ADA 第 1 編の本質的職務機能の遂行能力をベースとする「雇用平等」概念では説明が付きにくい。そもそも ADA 第 1 編では、本質的職務遂行能力をベースに平等を確保しようとしていることからすれば、適格性に基づき使用者が誰を配置するのかを決定することは、法に反することではない。

また、障害を持つ労働者は、適格性で劣っていてもポジションを優先的に与えられるため、他の労働者にはない便益を受けることになる。そのような便益を一方に与えることは、職務遂行能力をベースに雇用平等を確保するという枠組みには当てはまらない。むしろ、障害を持つ労働者と障害のない労働者との間の条件を公平にするという機能よりも、配置転換がなければ職を失う障害を持つ労働者を労働市場にとどめる雇用保障的な機能があると考えられる。

議会は、合理的配慮の配置転換は、特定のポジションへの応募において他の候補者と競争できるようにするだけでは不十分で、障害を持つ労働者が空きポジションでの適格性を満たす場合には、当該ポジションへの配置転換がなされることを意図していたとされる<sup>1368</sup>。ADA の目的には、障害を持つ個人が差別によって労働市場から排除されている状況を是正し、障害を持つ個人が労働力として、労働市場に参加し、そこにとどまることがある。さらに、ADA の成立によって障害を持つ人々が社会的経済的主流に加わり、社会給付への依存が減ることが期待されていたことから、ADA 第 1 編では、合理的配慮の中に配置転換を追加し、障害を持つ個人に代替の雇用機会を与え、労働市場にとどめる機能を持たせたと考えられる<sup>1369</sup>。

ADA 第 1 編では、第一義的に合理的配慮は「雇用平等」の実現のための手段であり、障害を持つ個人を有利に扱うものではないとする考えがある。「最も適格な人を採用する方針」の適用を認め、他のより適格な労働者を不採用にしてまで配置転換を行う必要はないとしてきた裁判所は、能力ベースでの「雇用平等」を重視しており、他方で、空きポジションがあり、障害を持つ労働者に当該職務への適格

---

<sup>1366</sup> See *supra* notes 1000-1008 and accompanying text.

<sup>1367</sup> See *supra* note 1202 and accompanying text.

<sup>1368</sup> See *supra* notes 994-996 and accompanying text.

<sup>1369</sup> See *supra* notes 1167-1169 and accompanying text.



性がある場合には、基本的には他の労働者よりも優先して配置転換が行われるべきとしてきた裁判所は、ADA 第 1 編の障害を持つ個人を労働市場にとどめるという目的（「雇用保障」）を重視していると説明できる。

そのような観点から、本稿では、これまで「最も適格な人を採用する方針」を合理的配慮としての配置転換にも適用するかどうかについて司法判断が分かれてきた根底には、本質的職務機能を遂行する能力をベースとした「雇用平等」と雇用の維持を重視する「雇用保障」の概念的な対立があると分析している。

#### 第4章 日本の促進法の下での「合理的配慮」のあり方

本章では、ADA 第1編における合理的配慮義務について前章で確認した内容をもとに、日本の合理的配慮について検討する。

前章で、ADA 第1編の「空きのあるポジションへの配置転換」という配慮には、障害を持つ労働者の雇用を維持し、労働市場にとどめるための機能があり、その背景にある概念を本稿では「雇用保障」と位置づけた。そして、本稿の分析として、合理性判断が分かれた背景には、適格性に基づき障害を持つ労働者と障害のない労働者を同等に扱う「雇用平等」と障害を持つ労働者の雇用の維持を重視する「雇用保障」の概念的な対立があると述べた。この分析枠組みを用いると、日本の合理的配慮には、均等な機会や待遇の確保を重視する「雇用平等」と、障害者の職業の安定を図るような「雇用促進」の2つの概念が混在していると考えられる。アメリカの場合には、空きのあるポジションへの配置転換が、障害を持つ個人に対して代替の雇用機会を与えることで雇用を維持する機能があるとみなし、「雇用保障」と呼んだのに対し、日本では、雇用を維持することにおいて、障害者向けに新たに業務を設けたり、障害者向けの雇用管理がなされたりしていることから、本稿では、「雇用保障」よりも広い意味で、「雇用促進」という概念を用いることにする。

日本では、性別、年齢、障害等にかかる雇用問題に対し、社会政策的に取り組む一方で、労働者の権利を保障するための差別禁止規定も徐々に導入されてきた<sup>1370</sup>。各分野で差別禁止規定の導入により雇用平等の実現を目指しつつ、雇用促進策も進められ、平等と促進の両方のアプローチが取られている<sup>1371</sup>。

障害分野では、2013年の改正で、障害者雇用義務を定める促進法の中に、差別禁止規定と合理的配慮の提供義務が導入され、異なる性質の制度が同じ法の下で共存することになった<sup>1372</sup>。このような法律構造は、同法に新たに規定された合理的配慮にも影響し得る。日本で紹介される合理的配慮事例に、

---

<sup>1370</sup> 前掲注 43-44 及び応答する本文参照。男女雇用機会均等法 5 条、6 条、7 条で性別を理由とする差別の禁止、雇用対策法 10 条で年齢差別の部分的規制等が設けられている。

<sup>1371</sup> 性別に関しては、男女雇用機会均等法の制定当初から、努力義務ではあったものの、募集・採用、配置・昇進において女性を男性と均等に取扱うことを要求しており、雇用平等を目的として法が制定されたといえる。その後、1997 年改正と 2006 年改正で、ポジティブ・アクションに対する取組みについての規定が追加され、さらに、女性活躍推進法（2015 年 8 月 28 日成立）が制定されるなど、雇用促進に重点を置いた流れもある。

年齢に関しても、高年齢者が少なくとも年金受給開始年齢までは意欲と能力に応じて働き続けられる環境の整備を目的とする改正高齢者雇用安定法（2012 年 9 月 5 日公布、2013 年 4 月 1 日施行）が成立している。同法では、高年齢者の雇用促進を目的として、事業者には定年の引き上げや定年制の廃止、継続雇用制度いずれかの措置の実施が義務づけられている。

<sup>1372</sup> 山川 隆一ほか・前掲注 98, 21 頁。

均等な機会や待遇の確保という雇用平等の観点から考えられたものだけでなく、従来の雇用促進策の下での取組み等も多く含まれていることがそれを示している<sup>1373</sup>。

そこで、本章では、第1節で、雇用促進を重視する取組みと雇用平等の確保は、常に共存できるものではなく、対立する場面もあるという問題を改めて提起する。促進法が、差別禁止法理の導入で、雇用平等と雇用促進の異なる2つの目的を持つようになったことから、合理的配慮の中で2つの概念が対立する可能性を示す。

第2節では、日本の合理的配慮にかかる問題に取り組む前に、日本とアメリカの障害者雇用における違いと一般的な雇用管理の違いについて確認する。第3節では、日本の合理的配慮にかかる問題の分析と検討を行う。第1節で提起した問題に加え、日本では障害者雇用において雇用平等を確保する上で検討すべき重要な課題があること、さらに、従来の雇用促進策の影響を受けるものが義務の範囲に含まれるのかという課題も存在することなど、本稿の分析により日本の合理的配慮にかかる問題を明らかにする。その上で、日本の合理的配慮の中でも、雇用平等との結びつきの強いものはアメリカ法を参考にし、雇用促進の影響の強いものは、条文に基づく法解釈アプローチから取組み、日本の合理的配慮のあり方を検討する。

## 1. 問題提起

本節では、前章第9節で行なったアメリカの合理的配慮にかかる本稿の分析をもとに、促進法の目的である「雇用平等」と「雇用促進」の2つの異なる概念が、合理的配慮の中にも存在し、どちらの概念を重視するかで提供する配慮内容が変わり得るという問題を提起する。

促進法は、これまで雇用義務に基づく雇用促進策、職業リハビリテーション等を通して、障害者の職業の安定を図ることを法の目的としてきた（1条）。雇用率制度は、事業主に障害者の雇用義務を課すことで、障害者に一定の雇用枠を確保し、一般就労の機会を提供するための制度である。この雇用率制度を中心に促進法は改正され、特例子会社制度など、事業主が一定の雇用率を満たすための施策が講じられてきた。また、障害者を雇用するために、事業主が職場環境を整備したり、介助者を配置したりするなどの措置を行った場合、その実施にかかる費用を一部助成する各種助成金制度が設けられている

（促進法49条）。一方で、雇用率を満たさない事業主には納付金の支払いを求め、実雇用率の改善が見られない事業主に対しては指導や企業名の公表が行われている。いずれも、事業主に対して障害者を

---

<sup>1373</sup> 合理的配慮は差別禁止規定と同時に導入されたものであるが、雇用促進策の中で行われてきたものを合理的配慮として捉えようとする傾向もある。特に、事例集【第三版】は、雇用義務の下で事業主が実際に行ってきた取組みから収集したものであるため、業務量等を調整すること（例：内部障害や精神障害）、作業内容を変更すること、適性等を考慮した上で特定の仕事を与えること（例：知的障害）、本人が遂行困難または苦手な作業は担当としないようにする（例：発達障害）などが紹介されている。均等な機会もしくは待遇の確保を意識したものではない。

雇用するよう促すもので、障害者の雇用を確保することに焦点が当てられている。あくまで、一定数の障害者を雇用すればよく、障害者を障害者でない者と同等に扱うよう事業者に要請しているわけではなかった。

2013年の改正では、差別禁止規定と合理的配慮の提供義務が導入され、従来とは大きく異なる改正がなされた。差別禁止法理の導入によって、それまで同法が目的としていた障害者の雇用促進に加え、均等な機会や待遇の確保といった雇用平等も目的に含まれることになった。同法では、雇用促進と雇用平等の2つの目的が共存するようになったといえる。

しかしながら、日本の障害者雇用政策では、障害者であることを理由に障害者でない者とは区別された取扱いが許容されてきたことが影響し、雇用平等と雇用促進の2つの概念が存在すると、実際の運用では対立することが考えられる。たとえば、雇用率制度の下では、使用者が障害者向けの雇用枠を設け、能力や適性等よりも、制度の対象となる障害者であることを理由に採用して労働契約を締結し、特定の仕事に就かせることは法的な問題とはならない。これに対し、差別禁止の観点からは、「労働能力等」に基づくことなく、単に障害者だからという理由で、特定の仕事を割り当てることは、差別となる（差別指針第3, 3(2), 解釈通知第2,2(4)ト）。

また、差別禁止の観点からは、「労働能力等」に基づき、障害者よりも障害者でない者を優先させることは問題にはならない（差別指針第14ロ、解釈通知第2,1ロ）。その一方で、雇用率制度では、「労働能力等」にかかわらず、ある意味、障害者を優先的に雇用することを求めている<sup>1374</sup>。

さらに、日本の合理的配慮には、この対立し得る2つの概念が両方とも含まれ得ることを踏まえると、どのような配慮を提供する義務があるかを判断する上での、概念上の対立という問題を孕んでいる。この視点は、アメリカでは、「空きのあるポジションへの配置転換」の合理性判断が分かれた背景に、雇用平等と雇用保障の対立があるとする本稿の分析から生まれている。

日本では、障害者雇用を雇用促進の観点から考える傾向が強く、合理的配慮にも影響している。たとえば、障害者本人の障害特性や労働能力、適性等を考慮して特定の仕事を割り当てることを、合理的配慮の枠組みで捉えることがある（差別指針第3, 3(2), 解釈通知第2,2(4)ト）。このように、雇用促進に結びついた取組みが合理的配慮として位置づけられることもあるが、一方で、これは障害者であることを理由とする配置であり、結果として障害者でない者との異なる取扱いが認められ、実際には障害者が不利な処遇にとどめられるなど、不利益取扱いに結びつく可能性もある。

日本では、これからも雇用率制度が継続することを踏まえると、雇用促進と結びつきの強い合理的配慮が、かなり大きな位置を占めると考えられる。そうした中で、均等な機会や待遇の確保といった雇用平等の実現を目指した合理的配慮が、雇用促進策の影響をどの程度受けるのかが問題となり得る。雇用

---

<sup>1374</sup> 星加 良司・前掲注240, 103頁。

平等と雇用促進の視点から考えるのでは内容が対立するとすれば、どちらに重点を置くのかを判断しなければならない状況が生じるであろう。そのため、日本の合理的配慮に雇用平等と雇用促進の両方の概念が含まれていることが原因となって生じる様々な問題について検討する必要がある。

日本の合理的配慮の概念に異なる概念が含まれていることの問題は、本章第3節で取り組む。次の第2節では、アメリカの議論を参考にして日本の合理的配慮にかかる問題に取り組む前に、アメリカと日本の労働環境の違いを確認する。

## 2. 日本とアメリカの労働環境の違い

本節では、ADA第1編の下での合理的配慮について前章で検討した内容を日本法に適用する前に、まず、アメリカと日本の労働環境との違いを確認する。また、日本の雇用システムの下でアメリカのような適格性をベースとした雇用平等を観念すると、どのような能力を問うのかという点で、日本の雇用管理独自の課題があることを説明する。

### (1) アメリカの雇用慣行と障害者雇用

(ア) アメリカでは使用者一般を対象とした割当雇用制度は存在しない、雇用慣行として職務ベースの雇用管理が行われている、基本的には解雇自由である

ADA第1編では、民間の事業者を含む適用団体にアファーマティブ・アクションを求める規定はない。使用者に対して、障害を持つ個人を優先的に採用したり、配置したり、昇進させたりすることを要求していない。また、職場に障害を持つ人の数を増やすために積極的な採用活動を行うことも要求していない<sup>1375</sup>。

他方、リハ法では、アメリカ政府の動産もしくは不動産（建設を含む）の調達に関して、連邦局もしくは連邦機関と10,000ドルを超える契約を交わす場合には、当該契約に、当該契約を締結する団体（民間企業を含む）に対し、適格性のある障害を持つ個人を雇用するアファーマティブ・アクションを取るよう求める規定を設けなければならないとされている（リハ法§ 503（29 U.S.C. § 793(a)））

（2014年3月24日施行）。当該規定に関し、リハ法§ 503の施行規則では、7%の雇用目標を設定している<sup>1376</sup>。この目標は、あらゆる職務や職階に適用される。ただし、当該目標は、障害を持つ個人の割当定数、もしくは、雇用の上限として用いられるべきものではなく、使用者側の意思決定を伝え、本

<sup>1375</sup> Michelle A. Travis (2000), *supra* note 1100, at 956-957.

<sup>1376</sup> The regulations implementing Section 503 of the Rehabilitation Act of 1973, as amended (§ 503) at 41 C.F.R. Part 60-741.

来の責任を果たすための経営的手段であるとされる。したがって、当該目標に達成しないとしても、規定違反とはならないし、罰金や罰則などが課される訳ではない<sup>1377</sup>。

リハ法§ 501 では、上記のように§ 503 が改正される前から、連邦機関に対して、障害を持つ個人の採用、配置、昇進のためのアファーマティブ・アクション計画を作成する義務を課している（29 U.S.C. § 791(b)）。2017 年には、リハ法の連邦規則（29 C.F.R. § 1614.203）が改正され、連邦機関に課されているアファーマティブ・アクションに関する義務の下で、以下の 2 つの要件を満たすことが求められている<sup>1378</sup>。連邦機関は、リハ法§ 501 の適用対象となる「障害」を持つ労働者の数、及び、「指定の障害<sup>1379</sup>」を持つ労働者の数を段階的に増やすため、合理的に設計された措置を取ること（29 C.F.R. § 1614.203(d)(7)(ii)）、また、「指定の障害」が原因で仕事や出張において支援を必要とする場合、パーソナルアシスタンスを提供すること（同条(d)(5)）である。特に前者について、計画を実施するにあたり、従業員を GS11（ホワイトカラーの中級レベル<sup>1380</sup>）以上とそれ未満の給与レベルに分けて、その中で「障害」もしくは「指定の障害」を持つ個人が占める割合を目標数値として設定している（同条(d)(7)(i)<sup>1381</sup>）。それを達成するための対策として、「障害」もしくは「指定の障害」を持つ個人の採用や昇進にあたり、「障害」を考慮に入れること（同条(d)(7)(ii)(A)）、「障害」もしくは「指定の障害」がある状態を採用、昇進、配置に関する決定において「ポジティブな要素」として捉えること（同条(d)(7)(ii)(B)）とされている。

上記のように障害を持つ個人の就労を促進するためのアファーマティブ・アクションが連邦機関や対象の企業に求められるようになったものの、一般に民間企業を対象とした日本のような割当雇用が制度

---

<sup>1377</sup> U.S. Department of Labor, FACT SHEET New Regulations on Section 503 of the Rehabilitation Act of 1973, at 2, available at [https://www.dol.gov/ofccp/regs/compliance/factsheets/NewRegsFactSheet\\_QA\\_508c.pdf](https://www.dol.gov/ofccp/regs/compliance/factsheets/NewRegsFactSheet_QA_508c.pdf) (last visited 2018/07/03).

<sup>1378</sup> EEOC, Affirmative Action for Individuals With Disabilities in Federal Employment, Federal Register/Vol. 82, No. 1, at 654 (January 3<sup>rd</sup>, 2017).

<sup>1379</sup> 「指定の障害」とは、人事管理オフィス規定 256、もしくは、EEOC の応募者に関する人口統計情報の問 5、A でリスト化されている最初の 12 カテゴリーに属する障害である（29 C.F.R. § 1614.203(a)(9)）。

<sup>1380</sup> See FederalPay, <https://www.federalpay.org/gs/2018/GS-11> (last visited 2018/07/13).

<sup>1381</sup> (A) GS-11 レベルもしくはそれ以上の従業員（一般職員として支給されていなくても、ワシントン DC 地域の GS-11 Step1 レベルの従業員と同等もしくはそれ以上の給与が支給されている者を含む）の 12%以上を、障害を持つ個人とすること、(B) GS-10 レベルもしくはそれ以下の従業員（一般職員として支給されていなくても、ワシントン DC 地域の GS-11 Step1 レベルの従業員よりも低い給与が支給されている者を含む）の 12%以上を、障害を持つ個人とすること、(C) GS-11 レベルもしくはそれ以上の従業員（一般職員として支給されていなくても、ワシントン DC 地域の GS-11 Step1 レベルの従業員と同等もしくはそれ以上の給与が支給されている者を含む）の 2%以上を、「指定の障害」を持つ個人とすること、(D) GS-10 レベルもしくはそれ以下の従業員（一般職員として支給されていなくても、ワシントン DC 地域の GS-11 Step1 レベルの従業員よりも低い給与が支給されている者を含む）の 2%以上を、「指定の障害」を持つ個人とすること、とされている。

化されている訳ではない。多くの場合、就労を希望する障害を持つ個人は、障害のない個人と同じ採用プロセスで、使用者が事業上の必要性から設けたポジションに応募する<sup>1382</sup>。障害を持つ個人が応募したり、着任したりするポジションは、特別に用意されたものではなく、障害のない個人が着任するポジションと同じものであるため、雇用条件も基本的には本質的に同等のものが適用される。障害を理由に雇用条件を異なるものにすることは、ADA 第 1 編で禁止される差別となる<sup>1383</sup>。

また、アメリカでは、労働契約上、職務が明確になっていることが一般的で、職務ベースの雇用管理が行われていることが多い。

ADA 第 1 編でも、障害を持つ個人の適格性は、職務の本質的機能をもとに判断している。ADA 第 1 編は、あくまで、職務の本質的な機能を遂行できる能力がある個人に対して、障害に基づく差別を禁止することで、均等な機会を確保することを目的としており、障害があるだけでは、法的保護の対象とはならない。たとえば、入社前の健康診断で障害があることが判明したことを理由に、使用者が採用を取り消すことはできないが、しかし、健康診断の結果、（合理的配慮を考慮しても）本質的な職務機能の遂行ができない、もしくは、自身や他人に重大な被害をもたらす相当なリスクがあると判明した場合、使用者は採用を取り消すことができるとされている<sup>1384</sup>。

その他、アメリカでは、使用者の裁量権で労働者をいつでもどのような理由からであっても解雇できる解雇自由原則がある<sup>1385</sup>。この解雇自由原則に基づく使用者の裁量権を制限するために、労働協約などで使用者の恣意的な解雇を防止するための規定が設けられていることもある。使用者がそのような労働協約や制度上の制約を受けない場合、労働契約上、解雇回避努力を行うことは求められていない。

また、人種、性別、年齢や障害など、差別禁止事由に基づく解雇は、公民権法第 7 編や ADA 第 1 編等の一連の差別禁止法で禁止されている。雇用差別禁止法の発展により、実際には合理的な理由のない解雇は難しくなったとはいえ、原則として、労働協約等の適用を受けない労働者に関しては、禁止された事由に該当しない限り、解雇は自由に行える<sup>1386</sup>。障害を理由に解雇することは禁止されるが、法的拘束力の強い解雇制限がないため、障害が原因であれ、合理的配慮の提供を考慮しても、職務の本質的な機能の遂行ができなくなったことを理由に、労働者を解雇することは可能である。

(イ) 障害及び障害を持つ個人を特別に扱うのではなく、適格性をベースに雇用平等を確保しよ

<sup>1382</sup> 採用時にも合理的配慮の提供が義務づけられているが、障害を持つ個人に特別なポジションを設けたり、職務に必要とされる能力やスキルを免除したりする必要はない。

<sup>1383</sup> 障害を持つ応募者もしくは労働者を ADA 第 1 編で禁じられた差別につながる契約等に関与させることは差別となる（§12112(b)(2)）。

<sup>1384</sup> EEOC “Job Applicants and the Americans with Disabilities Act”, Discussing Disability with the Potential Employer 14, <https://www.eeoc.gov/facts/jobapplicant.html> (last visit 2018/01/26).

<sup>1385</sup> 中窪 裕也・前掲注 906, 305-306 頁。

<sup>1386</sup> 中窪 裕也・同上, 307 頁。

うとしている

ADA 第 1 編は、アメリカの他の雇用差別禁止法と同じく、雇用平等を前提としているといえる<sup>1387</sup>。ADA 第 1 編の対象となるには、「障害」を有していることに加え、合理的配慮があれば、あるいは、なくとも、障害を持つ個人が雇用されている、あるいは、希望する職務の本質的な機能を遂行できる「適格性」 (§12111(8)) を有している必要がある。

ADA 第 1 編で定義されている「障害」は、「従来の視覚障害、聴覚障害、肢体不自由という伝統的な障害像には適合しない<sup>1388</sup>」とされており、癌や糖尿病など治療の必要な病気、坐骨神経痛、椎間板ヘルニアなどが含まれる<sup>1389</sup>。想定している対象は、障害を有し、特別な保護を与えなければならない人々ではなく、障害を有しているものの、基本的に他の人と異ならない普通の人々とされる<sup>1390</sup>。そのような観点から、ADA 第 1 編の対象となる「障害」というカテゴリーは、人種や性別ほど固定的ではなく、誰もが障害というものを持ち得るし、治癒により障害がなくなることもあるとされる<sup>1391</sup>。また、長期にわたり、半永続的に固定されている障害に限らないので、ある時点で ADA 第 1 編の対象となったとしても、永続的に「障害者」として位置づけられるわけではない。

また、ADA 第 1 編では、障害を持つ個人に「適格性」要件を課しており、能力をベースに障害を持つ人の平等取扱いを確保しようとしている。ただし、障害を持つ個人に対して、障害のない個人とまったく同じ評価基準を適用して「適格性」を判断するわけではない。「適格性」を判断する上で、障害が不利に働くことのないように、「本質的な機能」、「合理的配慮」、「雇用されている、あるいは、希望する職務」という点で配慮していると考えられる。

第 1 に、雇用分野においては職務遂行能力をベースに労働者を平等に扱うことを基本とする中で、ADA 第 1 編では、職務の「本質的な機能」に特化し、それさえ遂行可能であれば、障害を持つ個人を平等に扱うよう求めている。「本質的な機能」とは、障害を持つ個人が雇用されるもしくは希望するポジションにおける特定の仕事の基本的 (fundamental) 業務で、周辺 (marginal) 業務は含まれない (29 C.F.R. § 1630.2(n)(1))。第一義的には、使用者に本質的機能を決定する権利があるとされる。ただし、障害を持つ人を排除したり、そのような効果のある適格性基準を使用したりすることは禁止されている。仮にその

<sup>1387</sup> 公民権法第 7 編は、公的規制による平等規範形成の要請によって制定されたとされる。また、公民権法第 7 編の制定は、『法の支配』によって雇用現場での平等を確立するという労働政策の修正でもあるといわれている (藤本 茂『米国雇用平等法の理念と法理』(かもがわ出版, 2010 (第 1 版第 2 刷)) 64-69 頁)。公民権法第 7 編に続く雇用差別禁止法も雇用平等を大前提とする流れを受けている。

<sup>1388</sup> Linda H. Krieger (Foreward), *supra* note 369, at 3.

<sup>1389</sup> 前掲注 495-499 及び応答する本文参照。

<sup>1390</sup> リチャード・K・スコッチ／中川 純訳, 2013, 「ADA (障害を有するアメリカ人法): われわれが学んできたもの」『比較法学』47 巻 2 号 161 頁- (2013) 早大比較法研, 167 頁。

<sup>1391</sup> 6 カ月以内に治癒される一時的な損傷はみなし障害には含まれないとされているものの (§12102(3)(B)), 損傷が一時的なものである、または、一時回復している場合、その損傷が発症するときに主要な生活活動を著しく制限するならば、それは障害となると解釈される (§12102(4)(D))。



ような基準を設ける必要があるならば、職務と関連していること及び事業運営に必要であることの両方を示さなければならない (§12112(b)(3), 同条(b)(6))。

職務の本質的機能を明確にし、特定の職務の本質的機能のみ遂行できれば適格性があるとしている点で、障害を持つ個人を不利に扱った理由が障害に基づくものかどうかを判別しやすくなっている。また、本質的機能に限定することで、周辺の業務まで含めた総合的な判断がなされ、障害を持つ個人に不利に働くことを回避しているといえる。さらに、障害を持つ個人を排除する、もしくは、そのような効果をもたらされる場合には、そのような基準が職務と関係があるかどうか、事業運営上必要かどうかの証明が必要となる (§12113(a))。こうした規定も、特定の職務を遂行する能力はあるのに、職務とはあまり関連しない慣習的な評価方法によって、障害を持つ個人が排除されることを防いでいる。

第 2 に、使用者には個人が有する障害に対して合理的配慮を提供した上で、当該労働者の適格性を評価することが要求される。たとえば、糖尿病を患う労働者に、職場に食糧を持ち込んだり、職場での飲食を許可したり、薬を保管するため冷蔵庫の持込みや使用を許可したりと職場のルールを変更することで、労働者が糖尿病を管理しながら、本質的職務機能の遂行ができるようになれば、適格性を有する労働者となる<sup>1392</sup>。

適格性を有する労働者が、障害による制限により、周辺の業務を行えない場合には、使用者は免除や変更等を合理的配慮として行わなければならない。たとえば、職場でのコミュニケーション、同僚との関係、その他、勤務時間、通勤、事務的な連絡手段などが、職務の本質的な機能でない限り、周辺の機能の変更や再編成は、合理的配慮となる。

しかし一方で、配慮を提供することで職務の本質的な機能を免除したり変更したりすることになる場合、そのような配慮は合理的ではないことが判例上明らかにされている<sup>1393</sup>。そのため、障害を理由とする遅刻、早退、欠勤などに関しても配慮が必要とされる一方、たとえば、病院で働く看護師にとって定められたシフト勤務の時間に出勤することが、職務の本質的機能であれば、そのような配慮は求められない<sup>1394</sup>。在宅就労なども個別のケースで合理的配慮として検討される際、在宅で職務の本質的機能の遂行が可能かどうかについて考慮される。

あくまで、合理的配慮は、本質的職務機能の遂行のために、障害によって生じる職場の制限を取り除くための措置であり、雇用の確保のために、障害を持つ労働者が遂行できるレベルに職務内容を調整することは求められていない<sup>1395</sup>。また、障害を持つ労働者が遂行すべき本質的職務機能の一部を免除

---

<sup>1392</sup> EEOC 指針 “TYPES OF REASONABLE ACCOMMODATIONS RELATED TO JOB PERFORMANCE 24”, *supra* note 333.

<sup>1393</sup> 前掲注 528-535 及び応答する本文参照。

<sup>1394</sup> 前掲注 534-535 及び応答する本文参照。

<sup>1395</sup> 前掲注 612-613 及び応答する本文参照。

して、代わりに他の労働者にさせる配慮は合理的ではないとされている<sup>1396</sup>。休暇や休職を与えることは合理的な配慮であっても、障害を持つ労働者が長期に職場を不在にしていることや頻繁な休暇で定期的に出社できていないことから、本質的職務機能遂行できないと判断された時点で、配慮は提供されなくなる。

第3に、ADA第1編では、適格性のある個人を「雇用されている、あるいは、希望する職務」での本質的機能を遂行できる者としていることから、配置転換によって「希望する（配置転換先の）職務」の本質的機能を遂行できる場合には、適格性を有すると判断されている<sup>1397</sup>。ADA第1編の合理的配慮のひとつである「空きのあるポジションへの配置転換」の対象となるのは、基本的に、現在のポジションでは合理的配慮をしても本質的職務機能を遂行できなくなった者である。平等取扱いのベースである本質的な機能を遂行する能力であるが、配置転換の場合には、現在の職務でその基準を満たさなくても、配置転換先でその基準を満たせばよいという調整が行われている。

合理的配慮の提供を考慮した上で判断する必要はあるが、障害を持つ個人を平等に取扱うための基準は、職務の本質的な機能を遂行する能力を有していることである。その要件に満たない個人は、合理的配慮を含めADA第1編の法的保護を受けることはできない。このことから、能力ベースの雇用平等を確保する上で、その能力評価が障害を持つ個人に不利に働くものであってはならない。これまで障害のない個人に用いてきた評価基準をそのまま適用すれば、障害を持つ人に不利に働く可能性もある。したがって、ADA第1編でも、問うべき職務能力を本質的な機能に限定したり、合理的配慮を考慮したり、配置転換における適格性の解釈を調整したりと、能力評価の基準に調整がなされている。

## (2) 日本の雇用慣行と障害者雇用

本項では、前項のアメリカの雇用慣行と比較して、日本では、障害者の就労に関しては、雇用率制度が大きな影響を与えていることなど、日本特有の労働環境を確認する。各国で制定されている差別禁止法や機会平等法の条文自体は類似したものであっても、実際の障害者雇用の中に占めるその位置や効果は各国の事情によって全く異なる<sup>1398</sup>。そのため、日本における合理的配慮の在り方を考える上で、日本の労働環境の特徴も考慮に入れて、問題を明らかにする。

(ア) 日本では割当雇用制度がある、一般に職務ベースの雇用管理は行われていない、一般労働法

<sup>1396</sup> 前掲注 614 及び応答する本文参照。

<sup>1397</sup> S. Rep. No.101-116, at 29 (1989).

<sup>1398</sup> 杉野 昭博「機会平等法の国際的展開-オーストラリアとイギリスの機会平等法」河野 正輝＝関川 芳孝編・前掲注 275, 85 頁。各国の社会福祉制度の中の機会平等法の位置づけや効果は、各国の事情で全く異なるとされる。労働分野においても同じことがいえる。

の下で解雇規制がある

日本では、障害者を一定割合雇用するように使用者に義務づけることによって、障害者に配慮した職場環境の整備を促す雇用促進策が取られてきた。雇用率制度は、いわゆる手帳の交付を受けている「対象障害者」（同法 37 条 2 項）に特別な雇用枠を設けている<sup>1399</sup>。そのため、同法 2 条 1 号の「障害者」に該当しても、手帳を保持していなければ、雇用率制度のような特別な雇用枠は用意されていない<sup>1400</sup>。

雇用率制度は、障害者に一般就労の機会を確保するための制度として存在する。ただし、一般就労とはいえ、必ずしも障害のない人と同じ労働環境で働くことを前提としていない<sup>1401</sup>。たとえば、特例子会社は、親会社との人間関係が緊密であること（親会社からの役員派遣など）が要件となっておりとしても、グループ企業全体で雇用すべき障害者の多くを特例子会社に集中させるため、障害者を障害者でない者とは異なる環境で雇用することができる。また、特例子会社以外でも、雇用率制度の下では、障害者向けの採用枠を設け、障害者専用の求人を行うことも可能となっている<sup>1402</sup>。

また、一般的な雇用慣行も、日本とアメリカでは、次の 2 点で大きく異なる。第 1 に、日本では、アメリカのような職務ベースの雇用管理は一般的に行われていない。第 2 に、原則的に解雇自由のアメリカとは異なり、日本には一般労働法の下で解雇規制が存在する。

日本では、期間の定めのある労働契約を結んでいる労働者（いわゆる非正規雇用）の割合が増加しているとはいえ、長期雇用慣行の下で形成された、新規学卒者を採用し、人員配置や養成を通じて人材を育てる雇用管理が現在でも行われている<sup>1403</sup>。また、期間の定めのない労働契約を結んでいる労働者（いわゆる正規雇用）には、コース別雇用管理の総合職に代表されるように、職務を限定しない非定型

<sup>1399</sup> 2013 年の促進法改正。精神障害者の雇用義務化は 2018 年 4 月施行。詳しくは第 1 章参照。

<sup>1400</sup> 雇用率制度以外では、「障害者トライアル雇用」「発達障害者・難治性疾患患者雇用開発助成金」など、障害者を雇用しようとする事業者に対して助成金を給付し、障害者の雇用を促進する制度が設けられている。手帳の交付を受けていない障害者は、こうした制度を利用するか、障害のない人と同じ採用プロセスを経る必要がある。

<sup>1401</sup> 雇用率制度では行政的に使用者に障害者を採用するよう圧力をかけることはあっても、障害者の意向を尊重した採用、もしくは、雇用上の取扱いといった点については感知しない（永野 仁美ほか編・前掲注 129, 150-151 頁）。

<sup>1402</sup> 障害者であることを理由に、一定の職務への配置に当たって、その対象を障害者のみとすることは差別に該当し得るものの（差別指針第 3, 3(2)イ）、障害者を雇用するための専用ポストを設けて、募集、採用を行うことを禁じているわけではない。

<sup>1403</sup> 厚労省『平成 26 年版労働経済の分析—人材力の最大発揮に向けて—全体版』19 頁。「企業の管理職の育成・登用方針についてみると、内部育成・昇進を重視する企業が約 7 割であるのに対し、経験人材の外部調達を重視する企業は 1 割以下となっている。企業の多くは、正規雇用労働者の中核となる人材については内部育成・昇進を重視しており、内部労働市場重視の人材マネジメントを行っていると考えられる。」

な役務を行うことを求めることが多い<sup>1404</sup>。この場合、採用ベースで、賃金、職業訓練、昇進の機会など様々な処遇が決まり、ある時点で着任している職務が決定要因とはならない場合が多い。

さらに、採用に関する使用者の裁量権は、法律その他による特別の制限がない限り、広く認められている<sup>1405</sup>。ただし、使用者は、比較的自由にいかなる人を採用し、いかなる条件で雇用するかを決定できるとはいえ、法律で禁止されている性別や年齢などの差別禁止事由を理由に候補者を不利益に取り扱ってはならず、障害に関しても、促進法による制限を受けると考えられる<sup>1406</sup>。なお、法律上明示的に禁止されている理由に限らず、業務や能力と直接関係のないことを理由に採用しない場合、公序良俗に反し、不法行為を構成する可能性も否定できない<sup>1407</sup>。

促進法で差別禁止規定が導入される以前は、障害者をどのような雇用形態で雇用し、どのような処遇を与えるかについては、基本的に使用者の裁量の範囲とされてきた。そのため、障害者でない者は最初から期間の定めのない雇用契約を結ぶものの、障害者は一定期間を有期雇用とするなど、異なる雇用管理が認められることもあった<sup>1408</sup>。この点に関しては、差別禁止規定の導入により、障害者に対してのみ不利な条件を付すことは差別に該当するとされたため、不当な差別的取扱いとして禁止されると考えられる。その一方で、障害者が遂行可能な業務を切り出して、その業務専門で障害者を雇用する場合、雇用形態や処遇が異なるからといって、それが直ちに禁止する差別に当たるとは一概にはいえないとされており、障害者専用の異なる雇用管理が否定されているわけではない<sup>1409</sup>。

他方、解雇に関しては、一般労働法の下で、使用者による恣意的な解雇や安易な解雇権の行使は制限されている。労働契約法 16 条<sup>1410</sup>では、客観的合理性がなく、社会相当性のない解雇を無効としており、使用者には労働者の解雇を回避する努力が求められている。たとえば、労働者が業務外の傷病が原因で一時的に職務に耐えられない場合でも、すぐに解雇するのではなく、休職を命じるなどの解雇回避

---

<sup>1404</sup> 厚労省都道府県労働局雇用均等室「男女雇用機会均等法のあらまし」54 頁。男女雇用機会均等法により性別を基準にした職務分離採用が禁じられたため、コース別雇用管理制度が生まれたとされる。ただし、形式的には男女双方に開かれた制度になっていても、実際の運用上は男女異なる取扱いを行っている場合は、法に抵触する。

<sup>1405</sup> 三菱樹脂事件・最大判昭 48 年 12 月 12 日民集 27 卷 11 号 1536 頁。

<sup>1406</sup> 採用の自由と合理的配慮の提供義務（36 条の 2）との関係については、次節「(2) (ウ) ②雇用促進的配慮の提供義務の範囲」を参照。

<sup>1407</sup> アメリカでは雇用差別禁止法の発展により、解雇自由原則が実質的に制限され、合理的理由のない解雇は難しくなっているといわれている（前掲注 1386 及び応答する本文参照）。日本でも、特定の事由に基づく差別ではないことを示すには、業務や能力といった合理的な理由なく、使用者の裁量で自由に採用を決定することが、制限されるようになって考えられる。

<sup>1408</sup> 参考、日本曹達事件・前掲注 171。

<sup>1409</sup> Q&A 第二版・前掲注 110, 15 頁, Q3-1-4。障害者専用求人は障害者を有利に扱うもので差別とはいえないとしている。

<sup>1410</sup> 労働契約法 16 条「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする。」

努力が求められる。また、復職の際、復職の見込みがあるにもかかわらず、一定期間、軽作業に就かせるなどの配慮をしないで、早急に解雇した場合には、解雇無効となり得る<sup>1411</sup>。これらの対象に、促進法上の障害者に該当する者も含まれることがあったとしても、障害者という点に焦点が当てられている訳ではない<sup>1412</sup>。障害者と認定されなくても、労働者として一定程度の保護がなされている。

#### (イ) 障害者と障害者でない者の間の雇用平等の確保と能力評価

日本の障害者雇用では、差別禁止規定と合理的配慮の提供義務が新たに促進法に規定されたものの、能力ベースの雇用平等を推し進めるかどうかは、明らかではない。以下では、行政解釈の中で、職務能力がどのように取り上げられているのかを確認し、さらに、日本の一般的な雇用管理方法を前提として、雇用平等のベースとなる職務能力を設定した場合、その設定の仕方によっては問題が生じることを明らかにする。

雇用平等を前提とする ADA 第 1 編では、平等に扱う基準に満たない場合（障害者が適格性を有しない場合）には、法的保護の対象とはならない。一方、日本の促進法は、差別禁止及び合理的配慮義務の対象となる障害者（促進法 2 条 1 号）に、ADA 第 1 編の適格性に該当するような、職務遂行能力にかかる要件を課していない。むしろ、障害者であることを理由とする不当な差別的取扱いの対象から、重度の障害者を排除しない考えを明らかにしている（解釈通知第 1, 2(2)）。

これに対し、解釈通知では、「障害者である労働者の労働能力等を適正に評価した結果、障害者でない者の能力が障害者である労働者と比べて優れている場合に、評価が優れている障害者でない者を昇進させることは、法違反とならない」（解釈通知第 2, 2(16)ロ）としている。さらに、「応募者の持つ能力・適性が求人職種の職務を遂行できるか否かを基準とする」ことを公正な採用選考の考え方としている（解釈通知第 2, 1 ホ）。つまり、解釈通知では「労働能力等」に基づく選考及び処遇の決定を基本に、差別禁止について解釈しているといえる<sup>1413</sup>。一方で、積極的差別是正措置として障害者を有利に扱う場合は、差別とはならない（差別指針第 3, 14 イ）。

また、「労働能力等」という用語は、差別指針第 3, 14 ロで登場するものの、指針の中では特に定義されていない<sup>1414</sup>。解釈通知では、「労働能力等」とは、労働能力のほか、適性や勤怠等が考えられる

<sup>1411</sup> アメリカン・エクスプレス・インターナショナル・インコーポレイテッド事件・東京地判平 26 年 11 月 26 日労判 1112 号 47 頁。

<sup>1412</sup> 一般労働法の下での判例法理では、「障害者」を区別しないことについて、「障害と非障害の区別が事実上困難であるという実態に即し、そもそも促進法 2 条 1 号の障害者の範囲が不明確であるという問題に対応可能な視点や解決をもたらす可能性をもつ」とされている（永野 仁美ほか編・前掲注 129, 286 頁）。

<sup>1413</sup> 解釈通知第 2, 2(16), Q&A 第二版 Q3-14-1（前掲注 110, 20 頁）など。解釈通知でも Q&A 第二版でも、「労働能力等」を適正に評価した上で、障害者よりも障害者でない者を優先させることは問題がないことが繰り返し述べられている。

<sup>1414</sup> ちなみに、「一定の能力を有することを募集の条件とすること」は、業務遂行上特に必要なもので

とされているにすぎず（第 2, 2(16)ロ），何が「労働能力等」を構成するのかについて，法的に明示されているわけではない。

このことから，日本では，合理的配慮を提供した上での「労働能力等」に基づく適切な評価により，障害者と障害者でない者の均等待遇が求められる場面でも，そのベースとなる「労働能力等」に何が求められているのか分からない状況にあるといえる。

日本では，これまで雇用政策で障害者の一般就労が進められてきたこともあり，能力主義的な平等についてほとんど議論されてこなかった<sup>1415</sup>。しかし，これからは，「労働能力等」に基づき，採用，配置，昇進，解雇等を判断することが，差別でないことの裏付けにもなると考えられる。その場合，やはり「労働能力等」をどう評価し，それに基づく均等待遇をどのように確保するのかが重要な課題となる。

そこで，以下では，「労働能力等」を検討するにあたり，ADA 第 1 編での「適格性」に着目して考えた場合，日本では何が問題となるのかというアプローチから議論を進める。ADA 第 1 編では，職務の本質的機能に限定し，労働者の適格性を判断している。これは，一般的なアメリカの職務をベースとする雇用管理と整合性の取れた考え方である。日本でも，障害者と障害者でない者との間の雇用平等を確保する上で，求められる「労働能力等」は，一般的な雇用管理と整合的であるべきという視点から，正社員モデルで求められる本質的機能を「労働能力等」に当てはめることを試みる。

アメリカのような職務ベースの雇用管理では，職務内容と求められる能力が明確であり，職務の価値に応じて賃金などの処遇が決定される<sup>1416</sup>。一方で，日本の長期雇用を前提とするいわゆる正社員モデルの雇用管理では，一般に労働契約上職務が限定されていない。そのような雇用管理の下では，事業運営上の必要に応じて労働者を配置する広い裁量権を使用者に認める代わりに，安易な解雇権の行使を制限し，労働者の雇用を維持するための努力を使用者に求める側面がある。このような日本の雇用慣行では，障害者雇用に限らず，必ずしも職務内容と対応した能力を見て，労働者を選考するとは限らない。たとえば，新卒一括採用では，採用の段階ではいかなる職務に就くか決まっていないので，潜在能力を評価し，採用後に就く職務には必要のない能力も評価に含まれ得る。

---

あれば，差別禁止規定に抵触しない。障害者を排除するために当該条件を付すことは差別となる（差別指針第 3,1(3)）。

<sup>1415</sup> 星加 良司・前掲注 240，102–103 頁。本書のような能力評価と障害者雇用についての議論は，差別禁止法理の導入によって漸く始まったといえる。

<sup>1416</sup> 厚労省「同一労働同一賃金の実現に向けた検討会」第 4 回（2016 年 5 月 24 日）議事録。労働者の担当する「職務（仕事）」を基準にして賃金が定められる「職務給」の特徴として，職務内容と求められる能力が明確なため，外部労働市場から人材を採用しやすい一方で，賃金が低下するような職務への配置転換は難しくなり，組織の硬直化を招きやすく，また，定められた職務内容を超えた柔軟な分担，自発的な補完が期待しにくいとされている。

そのような正社員モデルで求められる労働義務の内容から、ADA 第 1 編でいうところの本質的機能となり得る要素を洗い出し、それを平等取扱いのベースとなる「労働能力等」の評価に当てはめたときの問題を以下で検討する。

職務の限定のない正社員モデルは、長期的に就労し、配置の変更に柔軟に対応できることを前提としているため、労働者に多様な役務を行える能力を求めている。特定の職務に対する知識や経験がない場合でも、配置されれば、必要に応じて労務を提供することが想定されている。正社員であれば、業務上の必要に応じて異動や出向を受ける可能性があること、将来の管理職となるべく育成されるべき立場であることなどが、正社員と契約社員の待遇の違いを認める理由とされることもある<sup>1417</sup>。

現在は、性差別の観点からも、募集や採用において合理的な理由なく転勤要件を課すことは禁止されているものの<sup>1418</sup>、業務の必要に応じた合理的な範囲であれば、労働者は転勤を伴う異動命令に応じることが求められる<sup>1419</sup>。いまだに、働く時間と場所に無理がきく（柔軟に応じられる）者を評価する雇用慣行が根強く、正社員の働き方として、長時間労働や随時転居転勤に応じることが可能であることが前提になっているところがある<sup>1420</sup>。

さらに、日本では、業務に直結した内容だけでなく、上司と必要なコミュニケーションがとれる、職場でトラブルなく過ごせる、職場で不穏な言動をしない、身だしなみができているといった勤務態度や対人関係なども、債務の本旨に従った労務の提供があるか否かを判断する要素に含まれることがある<sup>1421</sup>。

精神障害等の中途障害を負った場合でも、総合職としてもともと採用されていた労働者には、総合職として求められる職務内容を前提として、債務の本旨に従った労務の提供があるといえるかどうかが判

---

<sup>1417</sup> ハマキョウレックス事件・大津地彦根支判平 27 年 9 月 16 日労判 1135 号 59 頁。ただし、控訴審（大阪高判平 28 年 7 月 26 日）では、転居を伴う配転（転勤）が予定されていることを、正社員と配転のない契約社員との違いとして挙げているが、第一審のように将来の幹部候補という要素は用いられていない。

<sup>1418</sup> 「コース等で区分した雇用管理を行うに当たって事業主が留意すべき事項に関する指針」（平成 25 年厚生労働省告示第 384 号）。

<sup>1419</sup> 東亜ペイント事件・最二小判昭 61 年 7 月 14 日労判 477 号 6 頁。原告は家庭の事情を理由に転勤を拒否が、実態としても頻繁に転勤が行われており、原告への転勤命令も不当な動機・目的をもってなされたものではないと判断された。そのため、業務上の必要性が優に存在し、原告に与える家庭生活上の不利益も通常甘受すべき程度のものであるから、権利濫用に当たらないとされた。

<sup>1420</sup> 厚労省「変化する賃金・雇用制度の下における男女間賃金格差に関する研究会報告書」（2010 年 4 月 9 日）3 頁（<http://www.mhlw.go.jp/stf/houdou/2r985200000057do-img/2r985200000059h4.pdf>, 2016/7/14 最終閲覧）。

<sup>1421</sup> 参考、日本電気事件・前掲注 224。日本電気事件では、コミュニケーション障害を有する原告に対して、総合職として配置された従前の職務において、債務の本旨に従った労務の提供があるといえるためには、欠席、遅刻、早退をせず課題を終えたことのみで、就労可能とはいえないとしている。

断されている<sup>1422</sup>。総合職には、社内外の関係者との協力、連携、また、対人折衝等の複雑な調整等の職務内容が含まれ得る<sup>1423</sup>。

以上のことから、正社員モデルで求められる本質的機能を「労働能力等」として捉えたときに生じる問題として、以下の3つが考えられる。第1に、障害者の場合、特定の職務に関しては問題なく行えるとしても、障害が原因で遂行が困難な役務があったり、配置の変更にも柔軟に対応できず制限があったりする。そのため、多様な役務を行えることといった潜在的な職務遂行能力まで求めることで、障害者が排除される可能性がある。

第2に、時間や場所といった働き方に無理がきくことを前提とした雇用慣行は、働き方への配慮が必要な障害者に差別的な効果をもたらすといえる。これに付随して、職務や地域が限定している働き方を選択すると、限定なしと比べて、賃金や昇進の面で低い処遇しか与えられないという問題も存在する。働き方への配慮さえすれば、同等の職務を遂行する能力がある障害者にとって、不利に働く可能性は十分に高い。

第3に、正社員モデルをもとにした本質的機能に、職場で円滑なコミュニケーションが取れること、周囲との調和を保てることといった要素まで含まれるとしたら、障害によってはそのようなコミュニケーションが難しいこともあるため、中核的な業務に直接関係のないことによって排除される危険がある。

公平な評価基準に基づき能力の優れた者を選考することは、公正な方法といえるが、障害者を排除する、排除する可能性のある基準では、障害者と障害者でない者との間の雇用平等を確保することはできない。しかしながら、既存の正社員モデルで求められる「労働能力等」を評価基準として適用すれば、障害者は低く評価され、雇用平等に結びつかない可能性が高い。

均等法の下では、募集・採用にあたって、身長、体重、体力に基準を設定することや、総合職の募集・採用に転居を伴う転勤を要件とすることは、合理的な理由がない場合、間接差別を構成することが明らかにされている。本来であれば、促進法の下でも、どのような要件を課すことが障害差別を構成するのか、つまり、どのような要件を入れずに「労働能力等」を評価すべきなのかを明らかにする必要がある。

しかしながら、促進法では間接差別が明示的に禁止されておらず、既存の方法が障害者に不利益をもたらす場合でも、障害者を意図的に排除するものではない限り、使用が認められる可能性はある。差別禁止規定の導入によって、「労働能力等」に基づく雇用平等を求めながら、その「労働能力等」を評価する基準に障害者にとって不利に働くものが用いられ得るという問題を孕んでいる。

---

<sup>1422</sup> 日本電気事件・同上、伊藤忠商事事件・東京地判平25年1月31日労判1083号83頁、など。

<sup>1423</sup> 後掲注1460及び応答する本文参照。



以上のことを整理すると、日本でも「労働能力等」に基づき平等に取り扱うことを考えた場合に問題となるのは、そもそも「労働能力等」をどのように評価するのか法的に明らかになっていないこと、さらに、日本の一般的な雇用慣行である職務無限定の正社員モデルに、ADA 第 1 編の本質的機能から適格性を評価する方法を適用し、「労働能力等」を考えたところ、障害者にとって不利に働くような機能が含まれていること、最後に、促進法では間接差別が規定されていないことから、障害者を排除する可能性のある既存の基準を利用することが規制されていないことが挙げられる。

特定の職務に求められる能力というより、あるあらゆる役務をこなせる能力を求めるのは、日本の事業の必要に応じて労働者の配置を変えろという雇用管理に関わるものである。しかし、そのような雇用管理は、障害者の均等な機会を阻害する要素を有している。したがって、雇用平等を確保するためのベースを「労働能力等」に置くとすれば、障害者を過度に排除することのない公正な基準となるよう注意し、何が「労働能力等」を構成するのかを明らかにする必要がある。

### 3. 日本の合理的配慮にかかる問題の分析と検討

本節では、ADA 第 1 編の合理的配慮を雇用平等と雇用保障という概念から分析した枠組みを用いて、日本の合理的配慮を分析する。日本では、同じ法の下で雇用率制度と差別禁止法理が規定されているという構造が影響し、促進法の合理的配慮には、雇用平等と雇用促進という 2 つの異なる機能が求められ得る<sup>1424</sup>。本章第 1 節では、ADA 第 1 編の下でも障害を持つ個人の雇用を維持するための雇用保障的な配慮が存在し、それが雇用平等を前提とする配慮とは相容れず、同じ種類の配慮でも雇用平等と雇用保障のどちらを重視するかで司法判断が分かれてきたことを考えると、日本の合理的配慮に異なる 2 つの概念が含まれることで、解釈上の混乱につながるという問題を提起した<sup>1425</sup>。これを受けて、本節では、この 2 つの概念との関わりを整理し、日本における合理的配慮の在り方を検討する。そこで、日本の合理的配慮にかかる問題の詳細を（1）で明らかにし、（2）でそれらの問題に対する解決方法を示す。

#### （1）雇用平等と雇用促進概念からみた日本の合理的配慮の問題（分析） – ADA 第 1 編の

<sup>1424</sup> ADA 第 1 編では、アファーマティブ・アクションは要求されず、「空きのあるポジションへの配置転換」が合理的配慮の中で、障害を持つ労働者の雇用を維持する、雇用保障的な機能を持っていたと考えられるため、本稿では、「雇用保障」概念とした。日本は、促進法が雇用率制度を中心に障害者雇用を促進してきたことを踏まえ、日本法では、「雇用促進」概念としている。

<sup>1425</sup> 前章「9（4）雇用保障と合理的配慮－能力ベースの競争方針を適用しない」を参照。

## 分析枠組みを用いて

雇用促進に重点を置いてきた促進法は、**2013** 年改正で、差別禁止法理が導入され、雇用平等も目的とするようになった。しかしながら、同時に導入された合理的配慮に関して、差別禁止規定との親和性の高いものとして、雇用平等を実現するための手段として捉えるのか、もしくは、これまでの雇用促進の取組みの延長として捉えるのかは、明らかになっていない。

ADA 第 1 編の下では、第一義的に、合理的配慮は雇用平等を実現するための手段として位置づけられてきたものの、合理的配慮のひとつである配置転換に関しては、雇用保障的要素も含まれることから、雇用平等と雇用保障のどちらを重視するかで、司法判断が 2 つに分かれてきたと考えられる。本項では、そのような分析枠組みで日本の合理的配慮概念を捉え、日本の合理的配慮にかかる問題点を明らかにする。労働契約上求められる労働義務の免除を求めるかどうかを基準に、「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の 2 つに分けて分析すると、むしろ、日本の合理的配慮は、双方の概念を取り入れ、混在させていると考えている<sup>1426</sup>。

本章 1 節の問題提起でも触れたように、日本の合理的配慮には、双方の概念が含まれることについて、以下では、解釈通知、差別指針と配慮指針、Q&A 第二版など、日本で行政的解釈等から確認する。これを受けて、同じ配慮でも雇用平等と雇用促進のどちらを重視するかで求められる内容が異なることから、合理的配慮の解釈が混乱し得ることを指摘する。

他方、日本には、一般労働法の下で解雇制限があり、障害者であるか否かにかかわらず、労働者の雇用を維持するための努力が使用者に求められる。一般的に日本のような強い解雇制限のないアメリカにおいても、ADA 第 1 編の合理的配慮には休職や配置転換等が含まれており、合理的配慮と解雇回避措置には内容的な類似性があると考えられる。

そのような観点から、促進法の合理的配慮規定は、従来の解雇判断や解雇回避措置の内容に影響を与えたと考えられる。そのため、(イ)では、合理的配慮が既存の解雇制限に影響し、従来の判断を変えることになるのかどうかなど、明らかにすべき問題点を提示する。

### (ア) 雇用平等と雇用促進の両方の要素を含む日本の合理的配慮

本稿では、「労働能力等」に基づき障害者と障害者でない者との均等な機会もしくは均等な待遇を確保しようとする取組みを「雇用平等」、一方で、「労働能力等」を変更、免除しても障害者の雇用拡大を目指す取組みを「雇用促進」と、背景にある概念を位置づけて検討を行う。

促進法では、募集・採用時には、「障害者と障害者でない者との均等な機会の確保の支障となっている事情を改善するために講ずる障害者の障害の特性に配慮した必要な措置」（同法 36 条の 2、配慮指

<sup>1426</sup> 本稿では、独自の概念として「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」を立てる。これについては、本節「(2) (ア)「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の位置づけ」を参照。

針第 4,1(1)) , 採用後は, 「障害者でない労働者との均等な待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するために講ずるその障害者である労働者の障害の特性に配慮した職務の円滑な遂行に必要な施設の整備, 援助を行う者の配置その他の必要な措置」 (同法 36 条の 3, 配慮指針第 4,1(2)) を講じるよう使用者に義務づけている。

募集・採用における均等な機会の確保, 障害を持つ労働者への均等な待遇の確保に資するものという条文上の文言からは, 合理的配慮を差別禁止法理と親和性の高い, 雇用平等を目的とするものと位置づけられる。他方, 「能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するため」という文言からは, これまで使用者が雇用義務を果たすために行われてきた取組みを合理的配慮から排除しない意図が窺える。そもそも, 促進法は, 雇用率制度と差別禁止規定が同じ法の下で共存する構造になっており, 配慮が雇用平等ではなく雇用促進を目的とするものであるからといって, 法の射程範囲を超えるわけではない。

アメリカでは, 職務の本質的機能を遂行する能力を雇用平等のベースとしているため, 合理的配慮として本質的機能を変更したり, 免除したりする, いわゆる労働義務の免除は求められていない。配置転換に限り, 現職ではなく, 配置転換先の職務の本質的機能を遂行できるかどうかで判断されるが, その場合でも, 本質的な機能の変更や免除は求められない。変更や免除などが求められるのは周辺的な機能のみである。

日本でも, 前節 (2) (イ) で論じたように, 障害者に対して一定の能力を有していることを条件とすること (差別指針第 3,1(3)) , 合理的配慮を提供し, 「労働能力等」を適正に評価した結果として障害者でない者と異なる取扱いをすることは, 障害を理由とする差別にはあたらないとされる (同第 14 ロ) <sup>1427</sup>。さらに, 配慮指針では, 「採用後に講ずる合理的配慮は職務の円滑な遂行に必要な措置である」 (配慮指針第 4, 1(2)) ことから, 「配慮をしても重要な職務遂行に支障を来すことが合理的配慮の手続の過程において判断される場合に, 当該職務の遂行を継続させること」 (同第 4, 1(2) ロ) は合理的配慮として求められないとされる。つまり, 重要な職務を免除することは, 合理的配慮ではないため, 重要な職務にかかる「労働能力等」への配慮は求められていないといえる。

合理的配慮として, 労働義務の内容から考えられる本質的機能を免除, 変更することで, その結果, 求められる「労働能力等」自体を変更する必要があるとすれば, 「労働能力等」に基づく適正な評価を基準とした取扱い自体がなされなくなり, 雇用平等が損なわれ得る。したがって, 「労働能力等」に基

---

<sup>1427</sup> 星加 良司・前掲注 240, 95 頁。「雇用における能力評価に基づく競争は, 全く否定されていない」とされる。

づく雇用平等を前提とすれば、ADA 第 1 編と同様に、日本でも「労働能力等」を変更したり、引き下げたりするようなことは合理的配慮として求められないと解される<sup>1428</sup>。

その一方で、行政解釈からは、求められる労働義務の内容を免除、変更して、必要とされる「労働能力等」を変更する雇用促進的な配慮も、合理的配慮に含まれると解することができる<sup>1429</sup>。これまで、使用者は雇用義務を果たす上で、「障害者でもできる仕事」を見つけたり、業務内容を障害者のために変更、調整したり、障害者を雇用することを目的とした取組みがなされてきたことが影響している<sup>1430</sup>。

たとえば、配慮指針では、知的障害者への配慮事例として、「本人の習熟度に応じて業務量を徐々に増やしていくこと」、精神障害者への事例として、「本人の状況を見ながら業務量等を調整すること」などが示されている（配慮指針、別表）。これらに関しては、どの程度まで合理的配慮として調整すべきか明示されていないが、雇用率制度の下で行われてきたように障害者の雇用維持が可能なレベルまで、調整を求められる可能性はある。配慮指針の事例はあくまで例示であり、かならずしも行うべき措置とはされていないが、「労働能力等」自体を変更することも、配慮として求められ得ると考えられる。

また、解釈通知では、障害者本人の障害特性や労働能力、適性等を考慮して特定の仕事を割当てることは、合理的配慮として示され、このような配置は、障害者であることを理由とする不当な差別的取扱いに該当しないとされている（第 2,2(5)ト）。また、Q&A 第二版では、差別指針第 3, 14 ハで、合理的配慮を提供した結果としての異なる取扱いは法違反に当たらないとされていることを受けて、合理的配慮として特定の職務を切り出し、障害者に当該職務を担当させる場合は法が禁止する差別に該当しない（A3-3-2）、さらには、そのような場合に結果として異なる処遇がなされることについても直ちに差別には該当しないという解釈が示されている（A3-1-4<sup>1431</sup>）。

日本では、障害者向けに仕事を作るということを、雇用義務を果たすための取組みの事例として示すにとどまらず、合理的配慮の枠組みで捉え、差別禁止との関係についても問題ないと解釈されている。

---

<sup>1428</sup> 小鍛冶 広道・前掲注 192, 35-36 頁。

<sup>1429</sup> 合理的配慮のひとつの要素として「本質変更不可」が挙げられる（川島 聡・前掲注 179, 51-53 頁、星加 良司・前掲注 240, 51-53 頁）。これに対し、本稿は、日本では合理的配慮に、雇用率制度の考え方が入り込んでおり、配慮提供において「本質変更不可」が一律に守られるとは考えていない。

<sup>1430</sup> 事例集【第三版】46, 56, 59-60 頁参照。

<sup>1431</sup> Q&A 第二版 A3-1-4 でも、障害者の求人は正社員以外や契約社員のものが多く、正社員と比較して賞与や昇進、退職金の取扱いが異なることについて、障害者専用求人は、障害者を有利に取り扱うもので差別に該当しないとした上で、「一般に、合理的配慮として障害者が遂行可能な業務を切り出して、その業務専門の従業員として異なる雇用管理をするケース」について、「雇用形態や処遇が異なるからといって、それが直ちに禁止する差別に当たるとは一概には言えません」と、A3-3-2 と同様、合理的配慮の結果の異なる処遇を認める見解を示している。

以上のように、「労働能力等」という視点から配慮内容を捉えると、異なるものが求められているといえる。「労働能力等」に基づく適切な評価によって労働者の取扱いを決定することを重視すると、労働義務の本質的内容を変更することは求められない。この場合、あくまで合理的配慮は、差別禁止との結びつきの強い「雇用平等」概念が背景にあると考えられる。一方で、障害者の雇用の促進を重視し、障害者の能力や適性にあわせて「労働能力等」を調整することが合理的配慮として求められる場合、「雇用促進」の概念が背景にあるといえる。

そのような観点から、日本の合理的配慮にかかる問題を再考すると、以下の3点が考えられる。第1に、合理的配慮の内容が、どちらの概念を重視するかで変わるということである。本稿では、ADA 第1編の合理的配慮でも、空きのあるポジションへの配置転換は、雇用平等と雇用保障のどちらの概念を重視するのかが問題となり、長い間意見が分かれてきたと分析している<sup>1432</sup>。たとえば、日本でも、「重要な職務」を遂行できない場合に職務を継続させることは合理的配慮に含まれないとされるが、その場合でも、別の職務に就かせるなどの個別の配慮が求められており（配慮指針第4, 1(2)ロ）、当該配慮の範囲は、雇用平等的に捉えるか、雇用促進的に捉えるかで変わり得る。そのため、2つの概念を含む配慮をどのように位置づけ、どのように調和させるかを検討する必要がある。

第2に、「雇用平等」と「雇用促進」という異なる2つの概念には、一方を優先すると他方が損なわれるという性質があることである。障害者専用の業務を割り当てることや、障害に配慮した労働環境の下で障害者のみ就労させるといった雇用率制度の下で行われてきた取組みを合理的配慮と位置づけた場合、均等な機会もしくは待遇の確保といった雇用平等の面では負の影響がもたらされる可能性が高い。たとえば、合理的配慮として障害者が遂行可能な業務を切り出して、その業務専門の従業員として雇用し、異なる雇用形態や処遇を認めると、賞与、昇進、退職金等の取扱いが異なることが許容され得る（Q&A 第二版 A3-1-4）。この場合、合理的配慮として「特別に業務を切り出すこと」が、雇用形態や処遇の違い（不利益取扱い）を正当化する理由となっている。雇用促進的な要素が強調されてしまうことで、新たに加わった雇用平等という法の目的が形骸化されるという問題を孕んでいる。

第3に、促進法の射程範囲に「雇用促進」が含まれるとしても、上記のような、「障害者本人の障害特性や労働能力、適性等を考慮して特定の仕事を割り当てる」ことが、「合理的配慮」の義務の範囲として求められるのかどうかという問題がある。従来障害者向け雇用管理の中にも、合理的配慮として有効に機能するものも存在するとされ<sup>1433</sup>、実際には、障害者雇用における実践的取組みも評価されている<sup>1434</sup>。促進法では、雇用率制度やその他の雇用促進策は維持、継続されること、機能障害による長期

<sup>1432</sup> 本章「2 (2) (ウ) 日本の合理的配慮にかかる問題の検討」参照。

<sup>1433</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 335 頁。

<sup>1434</sup> 第2章「2 (1) 日本の促進法の下での合理的配慮に関する先行研究」で紹介している先行研究を参照。

的な就労上のハンディキャップがある人を法の対象としていることを踏まえると、差別禁止の枠組みにのらない合理的配慮は、法の射程範囲にないと解釈するよりも、雇用促進的な役割のある合理的配慮も促進法では許容されると解釈する方が妥当であろう。しかし、法的義務として課されるといえるかどうかについてはさらなる検討が必要といえる。

#### (イ) 一般労働法の下での解雇制限と促進法の合理的配慮の関係

労働者が障害者であるか否かにかかわらず、日本では、一般労働法による解雇権濫用法理の下、使用者の安易な解雇権の行使を制限し、使用者には労働者の雇用を維持する努力が求められてきた。特に、長期雇用を前提とする正社員モデルでは、事業者の都合に応じて配置転換される代わり、従事していた職務の遂行が困難になった場合には、別の職務への配転も含めた解雇回避措置が考慮され得る。このような雇用管理の下では、雇用維持の点で、労働者は、職務無限定の労働契約による便益を受けられるという特徴がある。

こうした便益は、雇用されている障害者も、労働者である限り同等に享受できるものである。加えて、労働者が障害者であれば、合理的配慮の提供も考慮される。そのため、促進法の合理的配慮規定が、一般労働法の解雇制限に影響する可能性も考えられる。たとえば、中途障害の場合、これまで従事していた職務遂行に支障が生じるなど、就労上の問題により、解雇や雇止めの可能性が生じることがある。同時に、使用者は、労働者が中途障害者であることを把握した時点で、当該障害者に合理的配慮の必要を確認し、話し合いをすることが求められる。このように、合理的配慮が検討されることで、解雇や雇止めの判断に何らかの影響を及ぼすことが考えられる。また、就労上の問題を解消するために解雇回避措置が考慮される場合は、合理的配慮と相互に関わることも予想される<sup>1435</sup>。

実際の運用では、労働者に対して行われる個別的措置について、合理的配慮であるか、解雇回避措置であるかといった区別自体がなされずに、考慮されることも考えられる。また、概念的にも、合理的配慮という枠組みでも、それが雇用維持に資する措置であれば、広い意味での解雇回避措置と捉えることも可能である。このように、両者が明確に位置づけられているわけではない中で、本稿では、これまで一般労働法の下で労働者に対して行われてきたものを「解雇回避措置」とし、合理的配慮とは区別する<sup>1436</sup>。

行政解釈では、一般労働法の解雇制限と合理的配慮の関係について特に考え方が示されているわけではない。ただ、以下の点から、一般労働法の下での解雇回避努力の考え方が合理的配慮において踏襲さ

<sup>1435</sup> 朝日 雅也ほか編・前掲注 244, 61 頁。

<sup>1436</sup> 労働者が障害者である場合、個別の状況に応じて行われるものを、すべて「合理的配慮」と位置づけるのではなく、労働者であれば、障害の有無にかかわらず「解雇回避措置」が行われるので、合理的配慮とは区別して、障害者でない労働者と同等に行われる雇用維持のための措置は、「解雇回避措置」として捉えるという本稿の視点を明確にしている。

れていると考えられる。配慮指針では、「採用後に講ずる合理的配慮は職務の円滑な遂行に必要な措置」であるため、「中途障害により、配慮をしても重要な職務遂行に支障を来すことが合理的配慮の継続の過程において判断される場合に、当該職務の遂行を継続させること」は、事業主に求められるものではない（配慮指針第4, 1(2)ロ）とされている。ただし、「当該職務の遂行を継続させることができない場合には、別の職務に就かせることなど、個々の職場の状況に応じた他の合理的配慮を検討することが必要である」とされる（同上）。これについて、解釈通知では、「重要な職務」にかかる「労働能力等」が障害によって喪失したと判断される事例に、「自動車等の運転の業務に従事していた者が交通事故により失明し、それまで従事していた自動車等の運転の業務を継続できない場合等」（解釈通知第3, 2(4)ロ）を挙げている。当解釈に関しても、業務中の交通事故が原因で視力検査不合格となり、二種免許を喪失したタクシー運転手の解雇を無効とした東京エムケイ事件<sup>1437</sup>の判断を、基本的に踏襲しているとみることができる。

そこで、以下では、まず一般労働法の下での解雇制限について、普通解雇や整理解雇、また、休職満了時の退職扱い、期間の定めのある労働契約の終了を含め、どのような判断がなされてきたのかを確認する。そして、障害者である労働者の解雇や雇止めが考えられる場面で、合理的配慮が一般労働法の下での解雇制限とどのように関わり、どのような影響を与える可能性があるのかを検討する<sup>1438</sup>。

なお、解雇や雇止めの場面での合理的配慮について検討のポイントを先取りして述べると、第1に、労働者が障害者の場合、合理的配慮の提供をした上で「労働能力等」が評価されることで、解雇判断が変わる可能性がある。一般労働法の下で、個々の状況に応じてどれだけ解雇回避努力がなされてきたかも含めて解雇判断がなされているが、合理的配慮は、労働者が必要に応じて申し出ることができ、可能な限りその意向やニーズに応じて提供されるので、状況が変わる可能性がある。第2に、個別の状況に応じて行われる解雇回避措置の中で、個々の障害の状況に配慮したものを合理的配慮として、あくまで従来の解雇規制と一元的に捉えるのか、合理的配慮義務は促進法上で規定されたものであり、従来の解雇回避措置を超えたものも求められると二元的に捉えられるのか、どのように解雇回避努力と合理的配慮の関係を整理するのが問題となる。

#### ① 一般労働法の下での解雇判断

日本では、解雇権濫用法理により、使用者の安易な解雇権の行使は制限されている。解雇権濫用法理は、労働契約法16条で明文化されており、解雇には、客観的合理性和社会的相当性がなければならない

<sup>1437</sup> 前掲注209。

<sup>1438</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注129, 62頁。促進法改正により判例法理がどのように変わるかは検討すべき論点のひとつに挙げられている。従来の判例では、職業に起因する疾病や障害の場合には救済されることが多く、そのため、特に私傷病のケースについて、障害になった背景を問わない促進法が関係することで、どのような判決が下されるのか、注目すべき点とされている。

いと定められている。すなわち、解雇の事由が客観的にみて合理性のあるものであること、さらには、解雇回避努力を尽くしてもなお解雇はやむを得ないと認められる社会的相当性が求められる。

一般に解雇事由は、労働能力や適格性の喪失・欠如、勤務成績の不良、労働者の規律違反あるいは義務違反行為、経営上の必要性が挙げられる<sup>1439</sup>。解雇事由は、就業規則の絶対的記載事項として退職に関する事項の中にあらかじめ明示されている（労基法 89 条 3 号）。

以下では、一般労働法の下での解雇判断について、労働者の能力不足や規律違反などの普通解雇、休職期間満了による退職扱い、整理解雇、有期労働契約の場合の雇止めに分けて、それぞれ確認する。

a) 普通解雇（労働能力や適格性の喪失・欠如、勤務成績の不良、労働者の規律違反あるいは義務違反行為など）

第 1 に、労働者に労働能力や適格性が欠けている、あるいは、義務違反や規律違反などの非違行為が認められる場合を考える。このようなケースでも、裁判所は、配転などの解雇以外の手段による対処を求める傾向にあるとされる<sup>1440</sup>。

実際に、セガ・エンタープライゼス事件<sup>1441</sup>では、「労働能率が劣り、向上の見込みがない」ことを理由とする解雇について、「極めて限定的に解されなければならないのであって、常に相対的に課順位の高い者の解雇を許容するものと解することはできない」とされている。さらに、「労働能力が劣り、向上の見込みがない」と判断する前に、体系的な教育、指導の実施により労働能率の向上を図るなど、債務者が雇用関係を維持する努力を行ったと評価するのは困難であるとして、解雇権の濫用に該当し、解雇は無効と判示されている。

また、日本アイ・ビー・エム（原告 2 名）事件<sup>1442</sup>では、業績不良を理由とする解雇に対して、被告会社において行われている業績評価はあくまで相対評価であるため、「低評価が続いたからといって解雇すべきほどの業績不良が認められるわけではない」とされている。そして、長期にわたり勤務を継続してきたこと、その間に配置転換されてきたこと、職種や勤務地の限定があったとは認められないことから、現在の担当業務に関して業績不良があるとしても、「その適性に合った職種への転換や業務内容に見合った職位への降格、一定期間内に業績改善が見られなかった場合の解雇の可能性をより具体的に伝えた上での業績改善の機会の付与などの手段」を講じることなく行われた解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であるとは認められないから、権利濫用として無効とされた。職務の限定

<sup>1439</sup> 水町 勇一郎『労働法（第 5 版）』（有斐閣，2014）181 頁。

<sup>1440</sup> 大竹 文雄・大内 伸哉・山川 隆一編『解雇法制を考える』（勁草書房，2004 [増補版]）7 頁。

<sup>1441</sup> 東京地判平 11 年 10 月 15 日労判 770 号 34 頁。

<sup>1442</sup> 東京地判平 28 年 3 月 28 日労経判 2287 号 3 頁。



なく配置転換がなされてきた労働者に対しては、適性に応じた職種への転換も含めた解雇回避努力が求められ得る。

前述した東京エムケイ事件<sup>1443</sup>でも、タクシー運転業務中に後方から2トントラックに追突されるという事故で受傷し、深視力検査で複数回不合格となった結果、普通自動車第二種運転免許を喪失した運転手の解雇について、労働契約上タクシー運転手としての雇用に限定しているとはいえず、「ほとんど専門性を有しない業務については、ある程度使用者側の必要性において配置転換できるし、特定の業務ができなくなっても、解雇することはできず、他の職種に就けるべき」とされている。また、被告会社の事業規模であれば、他の職種を提供することは困難とは解されないとされ、解雇は無効と判断されている。

ちなみに、能力不足を理由とする解雇事案において、解雇の適法性に関する判断枠組みを一般論として示したブルームバーグ・エル・ピー事件<sup>1444</sup>では、「当該労働契約上、当該労働者に求められている職務能力の内容を検討した上で、当該職務能力の低下が、当該労働契約の継続を期待することができない程に重大なものであるか否か、使用者側が当該労働者に改善矯正を促し、努力反省の機会を与えたのに改善がなされなかったか否か、今後の指導による改善の可能性の見込みの有無等の事情を総合考慮して決すべきである」とされている<sup>1445</sup>。

他方、無断欠勤、あるいは、業務命令や服務規律に違反する行為など、非違行為を理由とする解雇では、その態様に応じた判断がなされている<sup>1446</sup>。たとえ違法行為であってもその重大性が低ければ解雇が有効と判断されとは限らない<sup>1447</sup>。日本鋼管事件<sup>1448</sup>では、従業員の違法行為が広く報道されたため、会社の社会的評価に悪影響があったとしても、その犯行の動機、目的が破廉恥なものでなく、これに対する罰金も2,000円にとどまり、かつ、会社が大規模な生産会社で、当該従業員はその一事業所の工員にすぎないため、その行為は、いまだ労働協約及び就業規則所定の懲戒解雇事由である「不名誉な行為をして会社の体面を著しく汚した」ものには該当しないと判断されている。

---

<sup>1443</sup> 前掲注 209。

<sup>1444</sup> ブルームバーグ・エル・ピー事件・東京高判平 25 年 4 月 24 日労判 1074 号 75 頁，東京地判平 24 年 10 月 5 日労判 1067 号 76 頁。

<sup>1445</sup> 労働政策研究・研修機構「多様な正社員に関する解雇判例の分析」資料シリーズ No.145 (2014) 15 頁。解雇の適法性に関する一般論を論じることなく、解雇事由の該当性あるいは解雇権濫用の有無について判断を行う裁判例が圧倒的多数である中で、このブルームバーグ・エル・ピー事件は、その判断枠組みを示したとされる。

<sup>1446</sup> 国鉄小郡駅事件・最二小判昭 56 年 12 月 18 日判時 1045 号 129 頁，小田急電鉄事件・東京高判平 15 年 12 月 11 日労判 867 号 5 頁など。

<sup>1447</sup> 横浜ゴム事件・最三小判昭 45 年 7 月 28 日民集 24 卷 7 号 1220 頁。工員が住居侵入罪として逮捕され、それが噂となって広まったとしても、罰金 2500 円程度で、当該労働者は職務上指導的な地位にないことなどから、懲戒解雇事由に当たらないとして棄却されている。

<sup>1448</sup> 最二小判昭 49 年 3 月 15 日民集 28 卷 2 号 265 頁。

また、無断欠勤について、ヒューレット・パカード事件<sup>1449</sup>では、精神的不調による被害妄想から欠勤を続けた労働者について、精神的な不調が解消されない限り出勤しないことが予想でき、休職等を検討せずになされた本件論旨解雇処分は無効とされている。

一方で、従業員の業務命令違反などについて、カシマ・リノベイド事件<sup>1450</sup>では、業務命令に違反し、けん責などの処分を繰り返し受けていた原告が、最終的に上司への侮辱的発言、不服従、規律違反等を理由として解雇されたことにつき、当該解雇に合理的理由があると判示されている<sup>1451</sup>。

しかし、即戦力として期待される中途採用など、正社員といえども、長期雇用を前提とした雇用ではない場合、職務限定のように扱われることがある。業務の専門性が高度である、提供される地位が特段の能力を必要とするような場合、長期雇用を前提に職務無限定で雇用された労働者よりも、比較的、解雇制限が緩くなるとされる<sup>1452</sup>。

たとえば、フォード事件<sup>1453</sup>では、一般の従業員としての業務の履行または能率ではなく、人事本部長という地位に要求された業務の履行または能率が極めて悪いか否かで判断されている。また、人事本部長という職務上の地位を特定した雇用契約であると解されたため、人事本部長として不適格と判断された場合、異なる職位、職種への適格性を判定し、配置転換等を命じる義務はないと判示されている。同様に、ヒロセ電機事件<sup>1454</sup>においても、長期雇用を前提として新卒採用する場合と異なり、採用時に予定された能力よりも労働者の能力が大幅に低く、教育訓練や配転を考慮することなく解雇せざるを得ないという判断がなされている。

一般に、能力不足による解雇事案にあたっては、労働契約上職務が明確にされている場合、または、高度の能力を前提としているなど契約によって職務が限定されていると解される場合には、特定の能力との関係で明確な判断がなされると考えられる。反対に、長期雇用を前提とした雇用管理の下では、明らかに期待される能力の不足の度合いと、改善可能性や他の職種への転換の可能性をどのように関連さ

---

<sup>1449</sup> 前掲注 221。

<sup>1450</sup> 東京高判平 14 年 9 月 30 日労判 849 号 129 頁，東京地判平 13 年 12 月 25 日労判 824 号 36 頁。

<sup>1451</sup> 第一審と控訴審では社会的相当性の判断が異なり，控訴審では解雇の有効性が認められた。

<sup>1452</sup> 持田製薬事件（東京高決昭 63 年 2 月 22 日労判 517 号 63 頁，東京地決昭 62 年 8 月 24 日労判 503 号 32 頁）では，マーケティングの専門家としてあえて外部から採用され，破格の待遇を受けていることから，マーケティング部長付部長として職種と地位を固定されて雇用されたと判断され，その地位に相応した能力を発揮しなければ，雇用契約の趣旨に従った履行をしているとはいえないとされている。その他，プラウドフットジャパン事件（東京地判平 12 年 4 月 26 日労判 789 号 21 頁）でも，求められている能力や適格性を高める機会を与えたとしても，原告がインスタレーション・スペシャリストとして求められている能力や適格性の点において平均に達することを期待することは極めて困難と判断されている。

<sup>1453</sup> 東京高判昭 59 年 3 月 30 日労判 437 号 41 頁，東京地判昭 57 年 2 月 25 日労判 382 号 25 頁。

<sup>1454</sup> 東京地判平 14 年 10 月 22 日労判 838 号 15 頁。

せて判断するのが問われる<sup>1455</sup>。職務が契約上特定されていない場合の能力不足による解雇判断は、労働契約上求められる能力との関連が明確ではなく、不透明さが残されている。

#### b) 休職期間満了後の退職扱い

第2に、休職期間満了後の退職扱いについて、一般労働法の下ではどのような判断がなされてきたのかを検討する。私傷病休職に関しては、休職期間満了の時点で休職事由が消滅していなければ退職扱いとする規定が就業規則等で設けられていることが多く、その場合、休職事由が消滅したといえるかどうかの問題となる。その判断においては、「債務の本旨に従った労務の提供」が可能であるかどうかのポイントとなる。「債務の本旨に従った労務の提供がある」といえるのは、①従前の職務を通常の数度に行える、②当初軽易作業に就かせれば程なく従前の職務を通常の数度に行える、③配置される現実的可能性があると認められる他の業務について労務を提供することができ、かつ、その提供を申し出るとされ、完全に従前の職務を遂行できる状態でもなくとも良いとされている<sup>1456</sup>。すなわち、近い将来回復の見込みがあれば、それまでの間、雇用を維持するといえることがなされてきたし、配置転換可能な他の業務を探すことも行われてきたといえる。ただし、労務の提供があるといえるかどうかを、その時点で従事している職務で判断するか、他のより容易な職務での就労可能性も含むかは、個別の事案ごとに決定されており、その判断には幅がある<sup>1457</sup>。

たとえば、アメリカン・エクスプレス・インターナショナル・インコーポレイテッド事件<sup>1458</sup>では、「健康時と同様」の業務遂行が可能であることを、療養休職をした業務外傷病者の復職の条件として、復職可否判定基準の9項目<sup>1459</sup>をすべて満たさなければならないとしていたことについて、裁判所は、原告の復職を著しく困難にする不合理なものであり、その裁量の範囲を逸脱または濫用したものといふべきと判示し、原告は従前の職務について労務の提供が十分にできる程度に回復したものと認めるのが相当であるとされた。

<sup>1455</sup> 野川 忍「判批」労判 1497 号 126 頁。

<sup>1456</sup> 第2章「1 これまでの判例（労働契約上の配慮義務、解雇回避努力、障害者の不利益処遇に関わる裁判例）」を参照。

<sup>1457</sup> 水町 勇一郎『労働法』前掲注 1439, 181-182 頁。

<sup>1458</sup> 前掲注 1411。主治医の診断書では、「質量ともに負担の軽い業務からスタートして徐々にステップアップすることが望ましい」とされていたことから、被告会社は「健康時と同様」の業務遂行は可能でないと判断し、原告との雇用契約を終了させた。

<sup>1459</sup> 「①本人が職場復帰に対して十分な意欲を示している。②通勤時間帯に1人で安全に通勤ができる。③復職する部門の勤務日、勤務時間の就労が継続して可能であること。④業務に必要な作業をこなせること。⑤作業等による疲労が翌日までに十分回復していること。⑥適切な睡眠覚醒リズム。⑦昼間の眠気がないこと。⑧業務遂行に必要な注意力・集中力が回復していること。⑨休職期間が満了するまでに問題なく職務が遂行できる健康状態に回復していること。」

一方で、総合職として雇用されている労働者には、その雇用形態に応じた職務能力が求められる傾向がある<sup>1460</sup>。配置転換の現実的可能性の判断においても、総合職として雇用されている場合には、総合職として配置され得る職務が対象となる。伊藤忠商事事件（双極性障害）<sup>1461</sup>では、原告は、被告会社に総合職として雇用され、休職期間中、一貫して総合職としての復職を希望していたものと認められるとして、総合職として配置される職種に限定して考慮されている。その結果、原告が休業前に従事していた営業職ではなく、管理系業務においても社内外の関係者との協力・連携が必要で、対人折衝等の複雑な調整等にも堪え得る程度の精神状態が最低限必要とされ、「総合職としての複雑な業務の遂行に堪え得る程度の精神状態にまで回復していたとは、およそ認めるに足りないといわざるを得ない」とされた。

他方で、身体障害により症状が固定され、従前の職務への復帰は見込めないものの、雇用維持を重視し、信義則として配置転換を要請している JR 東海（退職）事件<sup>1462</sup>のようなケースもある。労働者が復職後の職務を限定せずに復職の意思表示をしている場合には、使用者から指示される配置可能な業務について労務の提供を申し出ているものというべきとした上で、被告会社が鉄道事業を中心に不動産売買等の関連事業を含め、多岐にわたる事業内容を展開する大企業であることを考慮すると、原告に就労可能な業務があり、配置転換可能であったと判断されている。ただし、独立行政法人 N 事件<sup>1463</sup>では、人格障害との診断を受け休職していた従業員の休職期間満了を理由とする解雇について、被告（共済基金ないし信用基金）が十年来新規職員を採用していないことを考慮した上で、他の軽微な職務（折衝、判断といった要素がない単純作業）に配転できる具体的可能性もないことから、解雇の有効性が認められている。また、原告の復職に当たって検討すべき従前の職務について、「機械的単純作業をこなすことも困難で、共済基金ないし信用基金において既に恒常的に業務上の支障が生じていたものであることからすると（中略）原告が休職前に実際に担当していた職務を基準とするのは相当でなく、信用基金の職員が本来通常行うべき職務を基準とすべき」とされ、さらに、原告の状況は当初軽易業務に就かせれば程なく従前の職務を行えると予測できる場合とは解されないと判断されている。

なお、職務の限定のある労働契約の場合でも、従前の職務に復帰できる見込みがある労働者に対する性急な雇止めは権利濫用として認められないこともある。通勤時の労働災害に起因した疾病により、労働能力の低下が問題となった全日本空輸解雇事件<sup>1464</sup>では、従前の業務に復帰ができない場合でも、比較的短時間で復帰することが可能である場合には、休業または休職に至る事情、使用者の規模、業種、

---

<sup>1460</sup> 前掲注 1422 及び応答する本文参照。

<sup>1461</sup> 前掲注 1422。

<sup>1462</sup> 前掲注 220。

<sup>1463</sup> 東京地判平 16 年 3 月 26 日労判 876 号 56 頁。

<sup>1464</sup> 大阪高判平 13 年 3 月 14 日労判 809 号 61 頁、大阪地判平 11 年 10 月 18 日労判 772 号 9 頁。

労働者の配置等の実情から見て、短時間の復帰準備期間を提供する、教育的措置をとるなどが信義則上求められるとしている。反対に、横浜市保健会事件<sup>1465</sup>では、私傷病による長期休職の後での解雇が認められている。

また、三菱重工業事件<sup>1466</sup>では、実際の就労状況から、採用された製作所の工場で技能職として労務を提供することが予定されていると判断され、それ以外の勤務地での復職の申出は、債務の本旨に従った労務の提供を申し出ているとはいえないと判断されている。これを受けて、てんかんと診断された原告（のちに適応障害、統合失調症等と診断されている）が原職場での復職を拒否し、家族の生活サポートが必要なことを理由に実家から通勤可能な場所への配置転換を求めたことにつき、会社側には、原告が希望する勤務地での現実的に配置可能な業務を調査、検討すべき義務があるとはいえないと判示されている。

### c) 整理解雇

第3に、整理解雇の有効性に関する判断枠組みを確認する。判例法理により、整理解雇の有効性を判断する枠組みとして、人員削減の必要性、解雇回避努力の履行、人選の合理性、手続きの妥当性が用いられている<sup>1467</sup>。整理解雇は経営上の理由に基づくもので、労働者側の個人的理由に基づく解雇とは区別され、可能な限り解雇以外の雇用調整手段をとることが求められる。解雇回避努力としては、残業規制、新規採用の停止、パートタイム労働者の雇止め、配置転換や出向による対応、一時休業、希望退職者の募集などが代表的な手段とされる<sup>1468</sup>。人員削減の必要性が認められる場合には、正社員に先立って、非正規労働者を解雇や雇止めの対象とすることには合理性があると判断されている<sup>1469</sup>。

また、整理解雇における解雇回避努力の履行において、職務や勤務地の限定がある労働契約の場合には、一般には、配置転換や出向等を検討すべき範囲が限定されと考えられる<sup>1470</sup>。ただし、工場閉鎖に伴う整理解雇事案で、当該労働者の就業場所は同工場に限定されと考えられる場合でも、その限定性が、長年にわたり勤務してきた労働者に対する雇用確保の努力の限度を軽減させる理由にはならない

<sup>1465</sup> 前掲注 223。本件については、本節（3）（ウ）で「労働能力等」の視点から検討する。

<sup>1466</sup> 前掲注 226。

<sup>1467</sup> 労働契約法の成立に伴い解雇権濫用法理が成文化され、2012年の同法改正で雇止め濫用法理も明文化されているが、整理解雇に関する要件（もしくは要素）はあくまで判例法理で確立しているものである。人員整理が増大した1973年の第1次オイルショック以降、この判断枠組みが整理解雇法理として用いられてきたとされる（大竹 文雄ほか編・前掲注 1440, 202 頁）。

<sup>1468</sup> 朝倉 むつ子ほか『労働法〔第5版〕』（有斐閣アルマ、2015）201 頁。ただし、可能な限り解雇を回避する努力を尽くすことが要請されるのであって、これらの手段をすべて尽くす必要があるわけではない。

<sup>1469</sup> 日立メディコ事件・最一小判昭 61 年 12 月 4 日労判 486 号 6 頁。

<sup>1470</sup> 資料シリーズ No.145・前掲注 1445, 8-9 頁。ちなみに、職務や勤務地の限定に関しては、契約上の明示に限らず、就労の実態に着目して判断がなされている。

とする判断もある<sup>1471</sup>。職務や勤務地の限定があるからといって直ちに配置転換や出向等が不要となるわけではない<sup>1472</sup>。しかしながら、そのように解雇回避努力義務が限定されるわけではないという立場を取っていても、「限定性から派生する職務能力等の限界等が相まって、結果として配転可能性がないとの結論に至る事例も見られる」とされる<sup>1473</sup>。

反対に、ワキタ（本訴）事件<sup>1474</sup>のように、英文タイピストという専門職で雇用されたとしても近年その専門性を失い一般補助事務要員として業務を行ってきたという就労実態に着目して、他の部署に一般補助事務要員として配置することも可能と判断されるケースもある。本件では、その上、解雇回避のためにフルタイム労働者に職種変更することも考えられてよいとされている。

整理解雇時の人選の合理性については、勤務成績、勤続年数、労働者の生活上の打撃などが挙げられるが、個々の事案によりその基準は異なる<sup>1475</sup>。選定基準は、客観的にみて不合理な点が認められないかが検討されるが、いずれの要素が優先されるかは判例でも明らかになっていない。たとえば、池貝鉄工事件<sup>1476</sup>では、高齢者を一番に整理解雇の対象とすることについて、裁判所は、「技術革新の激しい今日では長年の経験の蓄積が必ずしも高度の技術水準を意味するものではなくなってきていて、高齢者の高賃金は必ずしも会社に対する貢献度に比例しているとはいえない」とし、さらに、「五五歳以上の世代をみると一般的には子弟の養育も終り、三〇歳代、四〇歳代の世代に比すれば、生活に余裕があり、失職による打撃は他の世代よりはより少ないといえることができる」ため、一応の合理性があるとしている。ただし、本件は結果的に当該指名解雇後も 55 歳以上の者が残留しており、当該基準を弾力的に運用しながら、特定の者にのみ機械的に運用することは許されないと判断され、指名解雇は違法とされている。

日本航空（客室乗務員解雇）事件<sup>1477</sup>では、病欠日数・休職日数基準及び人事考課基準を整理解雇の対象となる基準として設け、さらに、それでも目標人数に達しない場合、職種、職位ごとに目標人数に達するまで、年齢の高い者から順に解雇対象者とした選考基準に合理性があると認められている。「現在及び過去の一定の期間内において休職又は病欠欠勤のために就労していない者について、将来に亘って企業貢献度が低いものと判断し、年齢基準及び変更後の病欠日数・休職日数基準の適用においては、

---

<sup>1471</sup> 東洋水産川崎工場事件・横浜地川崎支決平 14 年 12 月 27 日労判 837 号 51 頁。ただし、本件は、相模工場への転勤のために要する転居費用を会社が負担することを提案したほか、退職する場合には割増退職金を支払うこと、会社の費用負担で再就職支援会社の利用を提案していることなどが考慮され、解雇は有効とされている。

<sup>1472</sup> 菅野 和夫『労働法〔第 11 版〕』（弘文堂、2016）748 頁。

<sup>1473</sup> 資料シリーズ No.145・前掲注 1445, 9 頁。

<sup>1474</sup> 大阪地判平 12 年 12 月 1 日労判 808 号 77 頁

<sup>1475</sup> 水町 勇一郎『労働法』前掲注 1439, 185 頁。

<sup>1476</sup> 横浜地判昭 62 年 10 月 15 日労判 506 号 44 頁。

<sup>1477</sup> 東京高判平 26 年 6 月 3 日労旬 1819 号 39 頁、東京地判平 24 年 3 月 30 日判タ 1403 号 149 頁。

対象者の被害度も考慮したものとなっていること」，「休職者基準，病欠日数・休職日数基準及び年齢基準については，いずれも使用者側の恣意の入る余地の少ない客観性に優れた基準である」と判示されている。

人選の合理性は，「経営的観点から有用でない労働者」または「家族状況等から解雇によって受ける不利益がより小さい労働者」が，使用者側の恣意の入る余地のない基準で選定された場合に肯定され得る<sup>1478</sup>。しかし，生活状況を基準とすることは，一種の差別につながり，客観的な解雇者の選定基準を作成することは大きな課題となっている。したがって，職業能力や担当職務の有無を基準とする，いわゆる能力評価を基にすることは，使用者側が差別的な解雇を行っていないことの証明の観点からも重要となってくるとされている<sup>1479</sup>。

#### d) 有期労働契約の雇止め

最後に，有期労働契約の場合の雇止めに関する裁判所の判断を確認する。法律上は，労働契約法の改正で雇止め法理が法定化され，有期労働契約の雇止めの場合も，契約が反復更新され，無期労働契約の労働者の解雇と同視できる，もしくは，契約更新される期待に合理的理由がある場合，客観性合理性を欠き，社会的相当性の認められない雇止めは無効となり，契約は更新されたものとみなされる（労契法19条）。

しかし，日立メディコ事件<sup>1480</sup>では，有期雇用労働者の雇止めに関して，それを正社員の解雇回避措置に位置づける解釈がなされている。このことから，有期労働契約を締結している労働者の雇用保障の程度は，無期労働契約に比べて弱いと考えられる。

一方で，雇止め法理が法定化される以前から，有期雇用の労働者の契約期間満了による雇止めにおいても，解雇権濫用法理が類推適用されることもあった<sup>1481</sup>。たとえば，カンタス航空事件<sup>1482</sup>では，雇用継続の期待利益が高い場合には雇止めに合理的理由を求める判例法理が展開されている。

有期雇用契約を結んでいる障害者が関わる事案としては，労働者の能力不足が争われた藍澤証券事件<sup>1483</sup>がある。被告会社は障害者雇用枠の中で精神障害者である原告と有期雇用契約を締結した。郵便物の仕分けや配達，名刺の作成等の業務を行わせていたが，再三の指導にもかかわらずミスを繰り返し，成績不良が甚だしいとして1度は有期雇用契約を更新したものの，2度目の更新は行わず，雇止めにしたことの有効性が争われた。裁判所は，被告会社の原告に対する具体的指導の方法に問題なく，原告に

<sup>1478</sup> 大竹 文雄ほか編・前掲注 1440，160 頁。

<sup>1479</sup> 大竹 文雄ほか編・同上，235-236 頁。

<sup>1480</sup> 前掲注 1469。

<sup>1481</sup> 水町 勇一郎『労働法』前掲注 1439，324 頁。

<sup>1482</sup> 東京高判平 13 年 6 月 27 日労判 810 号 21 頁。

<sup>1483</sup> 前掲注 214。

は能力に見合った業務に従事させた上、適正な雇用管理が行われていたと判断し、これに対して、原告は再三の指導にもかかわらず単純な失敗を繰り返し、失敗を隠ぺいするなど、就労の改善が見られなかったとして、雇止めには合理的な理由があると認められた。契約更新は一度だけであり、解雇権濫用法理の類推適用の可否は問題となっていない。契約終了に伴う雇止め事由の合理性のみ検討されている<sup>1484</sup>。

以上のように、一般労働法の下での解雇や雇止めにかかる判断は、個別の事案に基づいて行われており、労働契約や実際の就労状況、解雇事由によって様々である。これに加え、労働者が障害者である場合には、合理的配慮の提供を考慮する必要がある、個別の状況に応じてさらなる考慮が必要となり得る。

## ② 解雇や雇止めの可能性が生じている個々の場面でどのような合理的配慮が求められるのか

上記の一般労働法の下での解雇判断を踏まえ、ここでは、解雇や雇止めの可能性が生じている個々の場面で、どのような合理的配慮が求められるのかを検討する。障害者への合理的配慮の提供が義務化され、より個々の障害に応じた配慮がなされることで、従来とは異なる解雇や雇止め判断がなされる可能性がある<sup>1485</sup>。また、配慮の提供される範囲によって、その影響の程度も変わることが想定される。以下では、解雇や雇止めの可能性がある場面での合理的配慮について明らかにすべき点を洗い出す。

直接的または間接的かどうかにかかわらず、障害は解雇の原因となり得る。たとえば、就業規則の解雇事由に「精神又は身体の障害により業務に耐えられないとき<sup>1486</sup>」と明示されている場合、精神または身体の状態によっては解雇の理由となり得る。また、能力不足など障害が原因で生じた状態がその他の解雇事由に該当することもある。これに対し、配慮提供があれば、解雇事由に該当するような状況が消滅もしくは改善すると期待される。これまでも、一般労働法の下で、個々の状況に応じてどれだけ解雇回避努力がなされきたかも含めて解雇判断がなされているが、合理的配慮は、労働者が必要に応じて申出ることができ、可能な限りその意向やニーズに応じて提供されるので、状況が変わる可能性がある。

<sup>1484</sup> ただし、本件の場合は、精神障害を有する者にとっての基準ではなく、精神障害のない者を基準で判断されている。障害の症状や合理的配慮の提供を含めて、どのように判断するかは、検討する必要がある。

<sup>1485</sup> たとえば、「心身の障害をもつ労働者に対しては、障害の内容に応じた合理的な配慮を行うことによって雇用を維持できる場合には、解雇は認められないこととなる」とされている（菅野 和夫・前掲注 1472, 741 頁）。

<sup>1486</sup> 平成 28 年 3 月厚生労働省労働基準局監督課「モデル就業規則」64 頁

（<http://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-11200000-Roudoukijunkyouku/0000118951.pdf>, 2018/01/26 最終閲覧）。



差別指針では、合理的配慮を提供した上で、障害者の「労働能力等」を適正に評価した結果、障害者でない者を優先することは差別に当たらないとされている<sup>1487</sup>。これを踏まえると、能力不足等を理由とする解雇判断の際にも、合理的配慮を提供した上での「労働能力等」を適正に評価した上で、解雇されないために必要な能力基準を満たすか否かで判断されると推定される。言い換えれば、合理的配慮を提供すれば、解雇されないために必要な能力があると認められるのに、合理的配慮の提供を考慮せずに評価し、能力不足を理由に、障害者を解雇することはできないと考えられる。したがって、能力不足や勤務成績の不良の程度、従前の職務を遂行できるかどうかといった、解雇されないために必要な能力を障害者である労働者が有しているか否かを評価する上でも、合理的配慮が考慮される。ということは、合理的配慮の提供が義務化されたことで、従来の解雇判断とは異なる結果が導かれる可能性がある。同様に、非違行為が障害に起因して生じている場合も、障害特性に応じた個別の配慮をすることで、そのような行為を防止できるとすれば、能力不足の場合のように、合理的配慮が解雇判断に影響する可能性も考えられる<sup>1488</sup>。

また、解雇されないために必要な能力基準は、障害者と障害者でない者の間で同じものが用いられるとしても、そもそも、一般労働法の下で、解雇されないために必要な能力基準が低めに設定されることがあることを考慮する必要がある。解雇に至らないために必要とされる能力基準を高いままにしておくことを許容しないというだけでなく、解雇回避努力として一時的に軽易業務に配置するなどの措置が、結果的に、求められる基準を緩和することもある。そのため、労働者が障害者である場合、合理的配慮を提供した上での能力が、この低めに設定された基準を満たすかどうかで、解雇判断がなされることになる。障害者と障害者でない者を平等に扱うという観点では、障害者である労働者に対して特別に、解雇されないために必要な基準を変更してまで、雇用を維持することは求められない。

しかし、一方で、日本の合理的配慮規定は、本項（ア）で指摘したように、「労働能力等」を調整してでも、障害者の雇用を確保することが重視される雇用促進的な配慮が含まれ得る。この考え方が、解

---

<sup>1487</sup> 差別指針第 3, 14 ロ、解釈通知第 2, 1 ロなど。したがって、障害者よりも障害者でない者を優先する場合だけでなく、障害者が解雇や降格等の対象となる場合にも、合理的配慮を提供した上での「労働能力等」の評価に基づく結果であると示せることが、差別を否定する上で必要となると推定される。

<sup>1488</sup> この非違行為など望ましくない行為を防ぐ配慮について提供する義務があるかどうかは、ADA 第 1 編を参考に、次項で検討する。たとえば、労働者が無断欠勤、業務命令違反、服務規律違反など、その非違行為を理由に解雇がなされた場合、合理的配慮があればこのような非違行為等はなかったから、解雇は無効であるという主張がなされることを想定し、これに対して、非違行為を行わないようにする配慮は、「能力の有効な発揮」のためのものと必ずしもいえないため、留意が必要とされている（永野 仁美ほか編・前掲注 129, 237 頁）。この場合、合理的配慮を行わなくてもよいというのではなく、日常のコミュニケーション支援、人的支援、体調管理等に関する合理的配慮がどれほどなされていたのかについて総合的に判断した上で、解雇には、社会的相当性があると認められるかどうか判断されることになるかとされている。

雇や雇止めの場面でも適用され、雇用平等の観点からだけでは障害者の雇用が維持できない場合、さらに雇用維持的な役割が期待されるのかどうかという点について別途検討が必要である。

たとえば、これまで休職事由が消滅したといえるには、「従前の職務」の遂行が可能、もしくは、その見込みがあること、または、現実的に配置可能な他の業務があることが必要であったため、解雇回避措置としては、一時的に業務量を減らす、軽易業務に就かせる、もしくは、他の業務への配置転換が想定されてきた。

このような業務負荷の軽減といった解雇回避措置は、一時的に提供されるもので、第一義的には、労働者は「従前の職務」に復帰することが想定されてきた。これに対し、労働者が障害者である場合には、恒常的な配慮が必要となることも考えられる<sup>1489</sup>。そのため、一般労働法の解雇回避努力の下で求められる内容は「一時的」なものであったのに対し、合理的配慮としては「恒常的」なものも提供されるといった変化があるのかどうかを検討し、明らかにする必要がある。

一方の他の業務への配置転換は、合理的配慮として行われる可能性がある<sup>1490</sup>。ただし、「従前の職務」を行えなくなった労働者に対する解雇回避措置の場合、労働者の申し出の有無や現実的配置可能性に基づき判断しているのに対し、合理的配慮の場合、法律上は過重な負担となるかどうかで判断することになっているため、両者の結論が相違する可能性がある。そうした観点から、両者の間に違いがあるとすれば、どのような相違が生じるのか等、従来の解雇回避措置と合理的配慮との関係について整理する必要があると考えられる。

他方、整理解雇の場面での合理的配慮も考えておく必要がある。たとえば、整理解雇の場合、一律に配置転換や出向などの解雇回避措置が行われることがある。配置転換や出向には、職場環境の変化が予想され、障害者が新たな配転、出向先で就労できるように調整が必要となる。これについては、合理的配慮が義務化されたことにより、必要な調整がなされることで、配置転換や出向という措置が障害者にとっても雇用関係の維持に資するようになると期待される。

反対に、合理的配慮の提供を考慮しても、指定された配転、出向先では、就労が困難となることも考えられる。そのような場合、障害者でない労働者には有効な解雇回避措置が、障害者に同じ効果をもたらさず、雇用関係の維持という機能を果たさないので、障害者には個別の異なる扱いが必要となる。た

<sup>1489</sup> 長谷川 珠子 (2010)・前掲注 202, 52 頁。康配慮義務には、職務の本質的機能を免除することも義務に含まれることもあるが、あくまで従来の職務遂行ができるようになるまでの一時的な措置であるため、恒常的な配慮が必要となることが多い障害者の場合には、合理的配慮の提供が、雇用の確保・維持にとって必要不可欠とされる。そのような視点で考えれば、恒常的に合理的配慮として労働義務の免除が求められるという解釈が得る。

<sup>1490</sup> 「視覚障害が進行性であることから、従事している作業が遂行困難になってきているため、本人の職業能力の再評価のために障害者職業センターの支援も受けつつ、新たな職域の検討を行っている」(事例集【第三版】15 頁)。当該事例では、雇用形態が明らかにされていないが、新たな職域の検討が合理的配慮として紹介されている。

たとえば、他に就労可能な職場が存在する場合、一律に決められた配転、出向先ではなく、個別のニーズに合わせた配置を行うなど、個別化して扱うことが合理的配慮として求められ得る。そのような観点からも、合理的配慮の提供が義務化されたことによる影響が考えられる。

しかし、一方で、人員削減の必要が認められるような状況では、これまで提供されてきた合理的配慮が過重な負担になることも想定される。たとえば、勤務スケジュールの調整を配慮として行ってきたものの、人員削減により少人数で業務をこなすため、勤務配慮を行うことが事業運営に多大なる負担をもたらす場合などである。この場合、これまでは勤務配慮があったために、障害があっても就労可能であったものの、過密な勤務スケジュールで勤務しなければならず、遅刻や欠勤を繰り返すようになったとしたら、それを理由に当該労働者を解雇することは可能であろうか。

このように、これまでの勤務成績には問題なく、配慮を行えば職務遂行が可能であることも認知されている状況で、業績悪化に伴い、配慮の過重性を理由に、配慮提供を停止することは問題とならないのであろうか。もちろん、このような場合でも、過重な負担とならない範囲で、代替の合理的配慮を検討する必要があるが、勤務配慮以外に、十分に能力を発揮できるような措置がない場合、能力不足を理由として当該労働者を解雇することは可能であろうか。

つまり、合理的配慮を受けている労働者の場合、整理解雇の対象者にならなくても、配慮の停止、変更によって、解雇の可能性が生じる。整理解雇という状況では、過重な負担と判断されやすくなるので、結果として、配慮の範囲が狭くなっており、能力不足を理由とする解雇のケースと同様に、代替の配慮の提供と解雇回避措置を考慮して解雇判断がなされることが考えられる。

なお、整理解雇の際の人選基準として、現在及び過去の一定の期間内において休職や病欠で就労していない者を、将来に亘って貢献度が低いと捉え、病欠・休職日数が用いられるとすれば<sup>1491</sup>、障害者は障害者でない者よりも解雇対象者に該当しやすい。障害が原因で病欠、休職することは想定されるので、それを理由に貢献度が低いと捉えられることは、明らかに障害者であることを理由とした基準ではなくても、障害者に不利に働くと考えられる<sup>1492</sup>。したがって、このような基準が解雇対象者の選定に用いられた場合、まずは、合理的配慮の観点からアプローチするよりも、差別禁止の観点から当該基準を否定すべきであろう。それでも、当該基準が障害者であることを理由とするものでないため、その合理性が認められるとすれば、合理的配慮として、障害を原因とする病欠・休職は日数に含めないという例外を当該基準に設けることが求められるであろう。

その他、雇止めの場面を考えると、合理的配慮は雇用形態によらず障害者である労働者に対して提供されるので、配慮提供によって、有期雇用契約の雇止め判断もこれまでとは変わる可能性がある。有期

---

<sup>1491</sup> 日本航空（客室乗務員解雇）事件・前掲注 1477。

<sup>1492</sup> 朝日 雅也ほか編・前掲注 244, 65 頁。

雇用契約者は、一般に、無期雇用に比べて雇用保障の程度が弱いと考えられる。有期雇用契約の場合、職務や勤務地の限定があることが多く、結果的に、この労働契約上の限定性が原因で、解雇回避努力に上限ができてしまうことがある<sup>1493</sup>。配置転換は、日本の雇用システムでは、職務の限定のない労働契約を結んでいる労働者には基本的に広く認められるものであるが、それが合理的配慮として有期雇用契約者にも検討されるとすれば、従来の雇止め法理にかかる判断とは変わる可能性がある。雇止めの場面では、より明確に、合理的配慮として、労働契約の変更を伴うものも検討する必要があるのかという問題が現れ得る。

さらに、有期雇用契約に限らず、これまで解雇回避措置としては求められなかったものが、合理的配慮としては求められるとした場合、具体的にどのようなことが問題となるのかを明らかにする必要がある。

たとえば、三菱重工業事件のケースを考えてみると、特定の勤務地で労務の提供を求められていると判断され、勤務地変更を伴う配置転換を検討する必要はないと裁判所は判断している<sup>1494</sup>。一方で、もし、労働者の要望である勤務地変更が合理的配慮として要求されたと想定した場合、過重な負担の判断要素からその可否が判断されるため、解雇判断が変わる可能性はあるのであろうか。これに関しては、少なくとも以下の点を明らかにしなければ、合理的配慮として提供する義務が生じるかどうか判断できないと考えられる。

まず、裁判所は、当該労働者の職種では事業所間の異動が行われた前例がないことなどから、他の事業所等への配転は想定されていないとして、当該労働者は、原職場のあった工場で技能職として労務を提供することが予定されていると判断している。本件では、労働契約上、勤務地限定の合意があったか否かは検討されていないものの、仮に、勤務地限定の合意があったとすれば、勤務地変更という配慮は、労働契約の範囲を超えたものになり得る。合理的配慮が労働契約の変更を伴う場合、配慮の過重性の観点からは、どのような判断がなされるのであろうか。

また、労働契約上、原職場のあった工場での労務提供が求められている場合、合理的配慮として勤務地変更が労働者から要求されたとしても、原職場への復帰が可能であるならば、それを前提に検討しても問題ないのであろうか。もしくは、それは労働者の意向を尊重していないため、合理的配慮の提供義務に違反することになるのであろうか。

さらに、合理的配慮として要求されたものが、障害や障害によって生じる職場での制限と直接結びついたものではなく、障害があるために家族の支援が必要といった理由によるものであったとしても、使用者が労働者に対して提供しなければならない合理的配慮の範囲に入るのであろうか。裁判所は、本来

---

<sup>1493</sup> 本項（イ）① d）参照。

<sup>1494</sup> 前掲注 1466 参照。

は家庭内で解決すべき事柄であるのに、家庭の事情を優先した形で使用者に対応を求めており、使用者がこれに応じる必要はないと判断しているが、合理的配慮として考慮する場合、この判断が変わる可能性はあるのであろうか。

このような問いに対する答えを見つけるためには、一般労働法の下で求められる解雇回避努力と合理的配慮との関係を整理する必要があると同時に、合理的配慮提供義務の範囲についても明らかにする必要がある。一般労働法の下で求められる解雇回避努力も、個別の状況に応じて提供されるものであり、その中でも特に障害に配慮しているものを合理的配慮と位置づけ一体的に捉えるのか、そもそも合理的配慮は障害者に固定して提供するものであり、解雇回避努力とは別のものとして捉えるのかによって、合理的配慮の内容や範囲が異なる可能性がある。

以上で検討したように、合理的配慮の提供が義務化された影響で、従来の一般労働法の下での解雇判断が変わる可能性が高い。まず、これまでは特定の労働者の障害ニーズに応じた配慮が提供されずに能力等が判断されていたため、解雇されないために必要な能力基準を満たすことができなかったが、配慮の提供があれば、当該基準を満たすことも考えられる。これに対し、配慮をしても当該基準を満たせないという場合、当該基準を変更しても障害者の雇用を維持するような配慮まで求められるのかという問題は残されている。つまり、解雇や雇止めの可能性が生じている場面で、どのような配慮がどこまで求められるかという問題につながっている。

以上のことから、解雇や雇止めの場面での合理的配慮に関して明らかにすべき点をまとめると、以下の2点になると考えられる。

1点目は、労働者が障害者の場合、合理的配慮の提供をした上で「労働能力等」が評価されることで、解雇判断が変わる可能性がある。特に、能力不足や勤務成績、非違行為などが解雇事由となる場合、合理的配慮が考慮されることで、合理的配慮の提供義務がなかった時の判断とは、異なる結論が導かれ得る。この点について、雇用平等の観点からの検討だけでなく、雇用維持の観点から、雇用平等的な観点からの配慮だけでは、解雇されないために必要な基準を満たせない場合、さらに配慮が必要となるのかどうかを明らかにする必要がある。

2点目は、一般労働法の下での解雇回避措置としては求められなかったものが合理的配慮では要求されるのかどうかという観点から、合理的配慮と解雇回避措置の関係を明らかにする必要がある。1点目の雇用維持的な観点から配慮がどこまで求められるのかという問題と共通しているが、より解雇回避措置との相違に着目して、両者の関係を検討する必要がある。たとえば、解雇回避措置として配置転換を考える場合には、現実的可能性が判断要素として重視されるが、合理的配慮は過重な負担の判断によってその提供可否が決まるので、理論的に結果が変わる可能性は考えられる。現実的配置可能性という要素は、過重な負担の判断にも影響すると想定される。それでも、合理的配慮として考える場合と、解雇

回避措置として考える場合で、結論が異なる可能性があるとするれば、どのような理由でそのような相違が生じ得るのかを明らかにする必要がある。また、有期雇用契約の場合、長期雇用を前提とした労働契約ほどに雇用維持の要請が強くないため、配置転換を含めた解雇回避措置が求められ難いのに対し、合理的配慮としては、どの程度の雇用維持が求められるのか、労働契約の変更を伴うものが求められるのかなど、詳しく検討しなければならない。これに関しては、個別の状況に応じて行われる解雇回避措置の中で、個々の障害の状況に配慮したものを合理的配慮として、あくまで従来の解雇規制と一元的に捉えるのか、合理的配慮義務は促進法上で規定されたものであり、従来の解雇回避措置を超えたものも求められると二元的に捉えられるのか、どのように解雇回避努力と合理的配慮の関係を整理するのが問題となる。

#### (ウ) 課題

本節では、これまで、日本の雇用慣行の下で、合理的配慮概念を明らかにすることを試みる上で、さらなる検討が必要な点を確認してきた。その課題を以下にまとめる。

前節(2)(イ)で指摘したように、ADA第1編との比較から考えても、差別禁止法理が導入されたことにより、これからは日本でも、障害者と障害者でない者との間の雇用平等を確保する上で「労働能力等」がベースとなると考えられる。差別指針では、「労働能力等」に基づかないで障害者であることを理由として不利益な取扱いをすることを差別としており、言い換えれば、「労働能力等」に基づく取扱いであれば、差別を否定できることを示している。しかし、日本の障害者雇用では、差別禁止法理の導入により、能力ベースの雇用平等を進めていくという方向性が明確に意識された状況ではない。現に、何が「労働能力等」を構成するのかについて、法律上も指針上も明らかにしていない。そのような中で、差別指針で「労働能力等」に基づく取扱いが求められている状況にある。したがって、これから差別禁止規定が具体的に運用される中で、能力ベースの雇用平等が求められるとすれば、日本では、これまであまり議論されてこなかった障害者の「労働能力等」を合理的配慮の提供とあわせてどのように評価するのかという問題に取り組む必要が生じる。

職務遂行能力ベースの雇用平等を前提とするADA第1編の下では、職務の本質的な機能にのみ着目することで、障害者が周辺の機能ができないことにより就労できない状況を回避している。そもそも、職務ベースの雇用管理が一般的なアメリカの労働市場では、職務が明確であるため、その本質的な部分を明らかにすることは容易である。しかし、日本ではそのような職務ベースの雇用管理は一般的ではないため、労働義務の本質的な内容や労働者に求める「労働能力等」が明確になっていないことが多い。また、仮に日本の職務を限定しない正社員モデルをもとに労働義務の本質的な内容を考えた場合、障害者にとって不利に働く要素が含まれている。雇用平等のベースとなる「労働能力等」は公正なもの

であることが求められるので、それを前提に、何が「労働能力等」を構成するのかを決めなければならない。

次に、日本独自の合理的配慮概念を考える上での課題として、合理的配慮の中に雇用平等と雇用促進という2つの概念が混在していることが挙げられる（本項（ア））。ADA第1編の合理的配慮は、第一義的には、能力ベースの平等取扱いを確保するため、条件を公平にするものとされている。ただし、一部に能力ベースの雇用平等という視点からでは説明が難しく、雇用保障の視点を含む配慮が存在すると本稿では分析している。アメリカでも、単純な能力ベースによる雇用平等だけではなく、雇用保障的な要素が合理的配慮に含まれることを考えると、日本は、それよりも雇用促進との結びつきの強い配慮が大きなウェイトを占めると考えられる。というのも、従来、雇用率制度を中心とした法律であった促進法の中に、合理的配慮が規定されていることから、既に存在している雇用義務を満たすための取組みが大きく影響すると考えられるためである。実際に、促進法の条文や配慮指針から合理的配慮について、雇用平等を実現するための手段と解釈することは可能であるものの、同時に、配慮指針を含めた行政解釈では、これまで雇用率制度の下で行われてきた取組みを合理的配慮とみなす傾向がある。

日本では、雇用促進的な要素を持つ配慮が大きなウェイトを占めると考えられることから、合理的配慮の場面で、雇用平等と雇用促進の2つの概念が対立し、配慮内容が大きく変わる状況が発生しやすいと考えられる。その上、雇用平等と雇用促進は相補的に機能するとは限らないため、雇用促進に重点を置くことで、雇用平等が損なわれる危険もある。この問題を解決するためには、雇用平等と雇用促進のバランスをどのように取るべきなのかを検討しなければならない。また、これに関連し、雇用促進に重点を置いた配慮を、どこまで義務として提供しなければならないのかについて、検討する必要がある。

さらに、本項（イ）で述べたように、アメリカにはない日本独自の課題として、一般労働法の下で解雇制限があるため、健康上の問題を抱える労働者に対する保護がなされたことが、合理的配慮と関わり得ることが挙げられる。個々の障害に応じた配慮がなされることで、解雇事由に該当し得る問題が解消されることと期待されるが、それと同時に、合理的配慮として雇用維持のための機能がどこまで求められるのか明らかにしなければならない。また、解雇回避措置と合理的配慮の関係では、労働者が障害者であることから特別な考慮事項があるのかどうか、これまでの解雇回避措置では求められてこなかったような、労働契約の変更を伴うような配慮が必要となるのかどうかを明らかにする必要がある。促進法で規定されている合理的配慮の提供義務が、一般的な労働法の下での解雇回避措置とどのような関係にあるのかについて、日本独自の課題として検討しなければならない。

## （2）日本の合理的配慮の在り方（検討）

前項では、アメリカ法の分析枠組みを用いて、日本の合理的配慮の問題を「雇用平等」と「雇用促進」という概念から分析した。これを受けて、本項では、これらの課題に取り組むことにする。

まず、本項（ア）では、日本の合理的配慮には、雇用平等と雇用促進の両方の概念が含まれていることを踏まえて、本稿独自に合理的配慮を「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」との2つに分けて定義し、これらの概念を用いて日本の合理的配慮の問題に取り組むことを説明する。本節（1）（ア）で指摘したように、雇用平等と雇用促進という2つの概念は対立し得るものであり、仮に、日本で雇用確保を重視する雇用促進的な措置が「合理的配慮」の大きなウエイトを占めるとすれば、均等待遇の確保という効果は生じ難いという関係にある。この問題について、本項（イ）で、合理的配慮を提供する場面で「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」のどちらを優先させるかなど、対立し得る2つの概念をどのように調整するかを検討し、2つの概念の棲み分けを明確にする。

さらに、日本では、雇用平等の確保のために合理的配慮を機能させるにも、様々な問題に取り組まなければならないところ、さらに、雇用促進の観点からも合理的配慮を考える必要があることが、問題をより複雑にしている。これを踏まえ、本項（ウ）で、日本の合理的配慮にかかる問題について「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」それぞれに分けて、解決を試みる。

#### （ア）「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の位置づけ

これまでに取り上げた日本の合理的配慮にかかる問題に取り組むため、本稿では、「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の2つの概念を設定する。

本節（1）（ア）で述べたように、日本の合理的配慮には、求められる労働義務の内容を免除、変更して、必要とされる「労働能力等」を変更するような措置も、合理的配慮として解されていると本稿では捉えている<sup>1495</sup>。そこで、以下では、本稿で用いる「労働能力等」をアメリカ法の「本質的機能」の考え方を参考にして定義し、さらに、「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」という独自の概念について説明する。

基本的に、「雇用平等的配慮」は、「労働能力等」に基づき障害者と障害者でない者との均等な機会または待遇といった雇用平等を確保するために行われるもの、もう一方の「雇用促進的配慮」は、「労働能力等」を免除、変更するため能力ベースの平等は確保できないとしても、障害者の雇用拡大を目指すために行われるものとする。そのため、定義上、「雇用平等的配慮」は、求められる「労働能力等」の基準を変えないもの、一方で、「雇用促進的配慮」は、障害者を雇用するためにその基準を変えるものである。

この2つの概念を切り分ける「労働能力等」は、障害者と障害者でない者の間の雇用平等を確保するベースとなるものを意図している。障害者が労働者であれば受けられる便益を障害者でない者と同様に享受できるようにする場合、労働者であるという条件を満たしていれば同等に扱われるべきである。た

---

<sup>1495</sup> 前掲注 1429 及び応答する本文参照。



だ、採用、配置、昇進など選考を伴う場合には、能力ベースで取扱いを決定することが公平な選考であると考えられている<sup>1496</sup>。このような考え方を前提とすると、雇用分野において公平な選考のベースとなる能力は、やはり労働に関係した能力とするのが妥当であろう。また、配慮指針で、「配慮をしても重要な職務遂行に支障を来す」場合、当該職務の遂行を継続させることは、事業主に求められない（第4, 1(2)ロ）とされていることから、職務に関連した能力とすることの妥当性を導くことができる。

差別指針では、「合理的配慮を提供し、労働能力等を適正に評価した結果として障害者でない者となる取扱いをすること」は差別に該当しないと明示されており（差別指針第3, 14 ロ）、解釈通知では、これについて、「障害者である労働者の労働能力等を適正に評価した結果、障害者でない者の能力が障害者である労働者と比べて優れている場合に、評価が優れている障害者でない者を昇進させることは、法違反とならないこと」（解釈通知第2, 2(16)ロ）を例示として挙げている。これを受けて、本稿では、障害者と障害者でない者との平等取扱いは、この「労働能力等」に基づく評価を基準に確保されると解釈し、「労働能力等」を平等確保のための基準として位置づける。

しかしながら、前節（2）（イ）でも指摘しているように、この「労働能力等」は、法的に定義されているわけでも、行政解釈で具体的にその内容が明示されているわけでもない。そのため、「労働能力等」をどのように設定するかについて、本稿では、ADA 第1編の下で用いられている「本質的機能」の考え方が有用であると考えている。

本質的な部分で同等であることを評価することのできる基準は、障害者と障害者でない者との平等取扱いには不可欠である。ADA 第1編における「適格性」は、職務の本質的機能にのみ着目して、その機能を遂行する能力を有するかどうかで判断される。職務に関連するあらゆる機能を求めるのではなく、本質的な機能だけを取り出し、本質的な部分で同等であることを根拠に、平等に扱うことを法律上求めている。また、判例上、ADA 第1編では、合理的配慮に本質的な職務機能を免除、変更することを求めていると解釈されている。職務の本質的機能を免除、変更しないのであれば、配慮の提供を受けても、本質的機能が遂行可能かどうかを軸とした平等取扱いを確保することが可能である。

このことを踏まえ、日本でも、職務能力ベースの平等を障害者と障害者でない者の間に確保するためには、あらゆる面で同じ能力を有することを求めるのではなく、本質的な機能のみを切り出すという考え方を取り入れることが有用かつ必要であると考えられる。障害者でない者に求める「労働者」としての能力や資質と完全に同じものを障害者に当てはめて、障害があることで生じる差異を理由に異なる扱いをすることは、そもそも障害者でない者をモデルとしたもので、差別禁止の観点からも問題がある。ただし、職務に関連する必要な能力を有していることをベースに雇用平等を確保することを考える場合、

---

<sup>1496</sup> 解釈通知第2, 1 号参考。応募者の持つ能力や適性が求人職種の職務を遂行できるか否かを基準とすることが公正な採用、選考の考え方として示されている。

障害者と障害者でない者との間で本質的な部分で同じとするには、職務内容から本質的な機能を抜き出すことが日本でも必要になる。

日本ではアメリカのような職務ベースの雇用管理が一般的ではないものの、労働義務の内容を本質的なものと周辺のものに分けることは、日本でも可能であると考えている。同時に、本質的な機能以外については、障害の有無による条件の違いとして、配慮によって条件の差を埋めることという考え方も、平等取扱いを成立させる重要な要素として取り入れる必要がある。

以上のことから、本稿では、「本質的な機能」という概念を用いて、労働義務の本質的な部分を遂行できる能力を「労働能力等」と設定し、それに基づき障害者と障害者でない者の間の平等を確保するという考え方を取り入れる。また、これにより、本稿で定義した「雇用平等的配慮」は、本質的な機能を免除、変更しないものと言い換えることができる。合理的配慮は、障害者を障害者でない者には行わないものを提供するという点で、障害者に対し異なる取扱いをするものの、「雇用平等的配慮」であれば、本質的な部分における能力ベースの平等を確保することができる。そして、「雇用平等的配慮」を行なった上での「労働能力等」（本質的な機能を遂行する能力）に基づく平等取扱いを考える上では、本質的な機能以外の部分で障害者でない者との条件を公平にする配慮の提供が重要となる<sup>1497</sup>。

これに対し、「雇用促進的配慮」は、目的によって本質的な機能を免除、変更することが求められるものと位置づけている。本質的な機能を免除、変更することは、「労働能力等」をベースとする平等取扱いができなくなる可能性を含んでいるものの、日本では、ある業務の本質的な機能から一部を切り出して障害者に与えることが配慮として考えられているため、本稿では、この2つの概念を設定している<sup>1498</sup>。

日本の合理的配慮に関する問題を、それぞれ「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の側面から捉えていくことが、必要となる。たとえば、合理的配慮を行なった上での「労働能力等」に基づく平等取扱いについては、本質的な機能の免除、変更を行わない「雇用平等的配慮」から考える必要がある。合理的配慮の提供義務は差別禁止規定と同時に促進法に導入され、その点では、合理的配慮も、差別禁止と同様、雇用平等を確保するための手段と考えられる。理論的にも、「合理的配慮」と、雇用率制度などの「積極的差別是正措置」は、差別是正効果への期待としては類似するところがあるものの、障害者を障害者でない者と区別して扱うため別物とされている<sup>1499</sup>。そのため、合理的配慮を雇用平等の確保という点で機能させるためには、雇用促進を目的とするこれまでの取組みとは切り離して考える必要がある。

<sup>1497</sup> この「雇用平等的配慮」と「労働能力等」との関係については、本質的な機能の捉え方など、日本独自の考慮が必要な点も含め、本項（ウ）①で後述する。

<sup>1498</sup> 解釈通知第2.2(5)トなど。中途障害を負った労働者の雇用を継続するために、限定された業務を設けることもある（S社（障害者）事件・前掲注217参照）。

<sup>1499</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注129, 280頁。

さらに、本節（１）（イ）で指摘したような日本の一般労働法の下での解雇制限と配慮の関係を考える上でも、「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」に分けて検討することが、問題解決につながると考えられる。たとえば、配慮提供がなされることで、これまで能力不足による解雇事例で裁判所が下した判断とは異なる結論に至る可能性について、それぞれの側面から考える必要がある。配慮がなく障害者でない労働者に比べ不利な条件の下で能力不足となっている場合、配慮をすることで能力不足と判断されない可能性がある。そのような場合は、「雇用平等的配慮」の文脈で検討すべきである。一方で、労働者が障害者である場合、合理的配慮の枠組みで、これまで一般労働法で求められてきたよりも強い雇用維持の要請が働き、解雇がなされないために必要な「労働能力等」を引き下げることが求められるのであれば、「雇用促進的配慮」の観点から検討しなければならない。

以上のことから、日本の合理的配慮に関しては、「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の２つの概念を立ててこれまでに提起した問題に取り組むことにする。

（イ）雇用平等と雇用促進の２つの概念と合理的配慮—いかに２つの概念を合理的配慮の中で調和させるか

本節（１）（ア）で取り上げた、合理的配慮の内容が、「雇用平等」と「雇用促進」のどちらの概念を重視するかで変わるという問題と、「雇用平等」と「雇用促進」という異なる２つの概念には、一方を優先すると他方が損なわれるという性質があるという問題を解決するために、ここでは、本稿で独自に設定した「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の２つの概念を用いて、両者をどのように調和させるかという問題に取り組む。

以下では、促進法の下で規定された合理的配慮に「雇用促進」の概念が含まれていると考えられることから、「雇用平等」と「雇用促進」の両者のバランスを考えなければ、雇用平等という目的に負の影響を与え得ることを再度述べた上で、その解決方法を示す。

促進法に差別禁止規定が設けられ、「労働能力等に基づくことなく、単に障害者だからという理由で、特定の仕事を割り当てること」は差別に該当し得る（差別指針第 3, 3(2), 解釈通知第 2,2(4)ト）。これは、性差別の文脈で、「女性だから」という理由で一般職に振り分けることが差別となるのと同様の構図で、不当な不利益取扱いに該当する<sup>1500</sup>。この場合、合理的配慮を行った上での「労働能力等」に基づき労働者の取扱いを決定することが求められているといえる<sup>1501</sup>。これに対し、合理的配慮という形で、障害者だからという理由で特定の仕事を割り当てることについての例外が設けられている。

<sup>1500</sup> 労働者の能力とは関係のない属性を理由に、「女性だから」あるいは「障害者だから」特別な労働契約を結んだとすれば、差別に該当し得る。その場合、性別や障害といった差別事由で分類すること自体が問題である上、さらに、それによってより高度な仕事に就く機会が阻害され、「男性」や「障害者でない者」との待遇に差が生じ、実質的な不利益を受けることにつながる。

<sup>1501</sup> 本節（１）（ア）を参照。

「労働能力等に基づくことなく、単に障害者だからという理由で、特定の仕事を割り当てること」は差別となるのに対し、「合理的配慮として、障害者本人の障害特性や労働能力、適性等を考慮して特定の仕事を割り当てる場合を除く」（解釈通知第 2,2(4)ト）とされている。合理的配慮の対象者となる促進法 2 条 1 号の障害者は、長期にわたり機能障害によって比較的就業が困難な者を対象にしており、さらに、重度障害者は排除されないことが明らかになっている<sup>1502</sup>。促進法 1 条の障害者の職業の安定を図る目的からも、日本では、障害者の能力や適性を生かすためになされる「業務を作る」、「業務を切り出す」といった措置を「合理的配慮」として捉える傾向が強いことが想定される。

しかし、本人の能力や適性を考慮するとしても、この場合、本質的機能を免除、変更されることで「労働能力等」による平等取扱いが確保されないとすれば、雇用平等の面では負の影響がもたらされる<sup>1503</sup>。雇用率制度をみても、障害者の雇用機会を創出するという意味では一定の成果がもたらされているものの、特例子会社制度に代表されるように、雇用率制度の下では障害者が障害者でない者とは異なる扱いを受けるという、平等の観点からの問題は残されている。

にもかかわらず、このような措置が、行政解釈上、合理的配慮の文脈で取り入れられている背景には、能力ベースの平等が強調され、これまでの雇用促進策の後退を避けたいという意図が感じられる。より肯定的に解釈するならば、使用者に対し、障害者の能力や適性等に見合った職務の提供を促す意図があったと考えられる。そのような観点から、本質的機能の免除、変更を行なってしまうため、障害者を障害者でない者と区別してしまうものの、「障害者が遂行可能な業務を切り出すこと」や「障害者本人の障害特性や労働能力、適性等を考慮して特定の仕事を割り当てること」といった「雇用促進的配慮」の必要性を肯定した上で、「雇用平等的配慮」との調和を考える。

これに関しては、「雇用促進的配慮」と「雇用平等的配慮」の検討を 2 段階的方式にすることで、両者のバランスを取ることが考えられる。この考え方は、ADA 第 1 編でも空きのあるポジションへの配置転換を合理的配慮の中の最終手段として位置づけていることを参考にしている<sup>1504</sup>。ADA 第 1 編の下で配置転換が配慮として考慮される場合、まずは、現職で本質的な機能を遂行できるようにするための合理的配慮が検討された結果、それでも現職を継続させるような配慮がない場合に考慮されるという段階的な検討が取り入れられている。これを参考にすると、日本でも、雇用平等と雇用促進を調和させるために、第 1 段階では、「雇用平等的配慮」を検討し、均等な機会もしくは待遇の確保を合理的配慮の役

<sup>1502</sup> 第 2 章「3 (1) (ア)差別禁止及び合理的配慮の提供の対象となる者」を参照。

<sup>1503</sup> たとえば、事例集【第三版】で、高次脳機能障害の方への配慮として「他者と成果を競争する必要のない業務を担当してもらうことで、本人が負担を感じないようにしている」（88 頁）という事例が挙げられているように、職務に関連する能力をベースに平等取扱いを確保するという観点からみれば、後退とみえるものもある。

<sup>1504</sup> ADA 第 1 編では、配置転換以外の配慮を先に考え、それでは現在の職務の本質的機能の遂行が難しい場合、配置転換が最終手段として考慮される（前掲注 1364 及び応答する本文参照）。

割として捉え、それでは雇用機会が得られない障害者に対し、第2段階で、「雇用促進的配慮」を考慮することが考えられる。

たとえば、雇用率制度枠で採用された障害者でも、「雇用平等的配慮」の提供があれば、既存の職務の本質的機能を遂行することができ、求められる「労働能力等」を満たす者には、就いている職務に応じて障害者でない者との間の平等取扱いが求められる。障害者に対して何らかの配慮を行ったことを理由に、異なる雇用管理が許容されるべきではない。本質的機能を免除、変更しない「雇用平等的配慮」しか提供していないにもかかわらず、それによって障害者と障害者でない者の扱いが区別されることは、不当な差別的取扱いに該当する。

そのように捉えると、結果として障害者が障害者でない者と区別されることが導かれてしまう「雇用促進的配慮」の提供は、「労働能力等」に基づく平等取扱いでは雇用上の便益を受けることのできない者に限定される。この2段階の検討を用いることで、合理的配慮を理由として、結果的に、障害者と障害者でない者の処遇の違いを認めることを極力制限し、雇用平等と雇用促進の調和を保つと考えられる。

#### (ウ) 日本の合理的配慮にかかる問題の検討

ここでは、日本の合理的配慮には雇用平等と雇用促進の両方の概念が含まれることから、本稿で独自に設けた「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の2つの概念を用いて、前節(2)もしくは本節

(1)で取り上げた日本の合理的配慮にかかる問題に取り組む。本稿では、同じ促進法の下で求められる合理的配慮に2つの対立し得る概念が含まれることについて、第1段階では、雇用平等の確保という目的を重視して「雇用平等的配慮」を考え、「雇用平等的配慮」を行なった上での「労働能力等」に基づく平等取扱いだけでは雇用上の便益を受けられない者に限定して、第2段階で「雇用促進的配慮」を考えするという段階的検討を提示している(本項(イ))。これを前提に、①では「雇用平等的配慮」の観点から問題の検討を行う。2013年の促進法改正で、差別禁止規定と合理的配慮の提供義務が導入されたことで、法的に障害者と障害者でない者の間の均等な機会や待遇の確保が求められる。これを受けて、日本の障害者雇用における「労働能力等」に基づく雇用平等の確保にかかる問題について、「雇用平等的配慮」の観点から検討を行う。

次に、②では、「雇用促進的配慮」の観点から問題の検討を行う。本節(1)(ア)、もしくは、本項(イ)で論じたように能力ベースの雇用平等を推進するだけでは便益を受けることができない障害者に対し、「雇用促進的配慮」の提供が検討されとしたが、それが促進法の下で法的義務として求められるものなのかどうかについては改めて検討する必要がある。

さらに、③では、解雇や雇止めの場面での「雇用促進的配慮」の提供義務の有無や範囲の検討を行い、一般労働法の解雇回避努力との関係を検討する。日本の労働法のルールでは、長期雇用を前提にし

た職務無限定の場合、雇用維持の要請が強くなる傾向がある。そのような労働法のルールによる影響も考慮した上で、さらに雇用維持の要請が強く働く「雇用促進的配慮」が求められるのかどうかを検討する。

#### ① 「雇用平等的配慮」と「労働能力等」に基づく平等取扱い

ここでは、「雇用平等的配慮」の側面から日本の合理的配慮にかかる問題を検討する。促進法の合理的配慮規定（36条の2、36条の3）では、「障害者と障害者でない者との均等な機会もしくは待遇の確保の支障になっている事情を改善する」ための措置として位置づけられ、雇用平等の確保を重視する視点が含まれている。

この均等な機会や待遇を確保するための「雇用平等的配慮」にかかる問題について、前節（2）

（イ）では、日本の正社員モデルで求められる労働義務の内容から本質的機能を考えた場合には、障害者に不利に働く可能性があること、本節（1）（イ）では、「雇用平等的配慮」の提供によって、解雇や雇止めをされないために必要な基準を満たす可能性があり、配慮の提供なく能力評価がなされていた従来とは結果的に判断が変わる可能性を指摘している。

本稿で指摘した問題には、日本の障害者雇用の中で、差別禁止と合理的配慮の提供によっていかに障害者の雇用平等を実現するかという課題が含まれている。「雇用平等的配慮」の提供をした上で、平等取扱いのベースとなる「労働能力等」を障害者が満たすかどうかを判断するというアプローチを取るためには、日本特有の労働法のルールや雇用管理の方法を考慮しなければならない。本項（ア）では、「労働能力等」を労働義務の内容から導く「本質的機能」を遂行できる能力として位置づけているため、その「本質的機能」を明らかにし、「雇用平等的配慮」を提供した上での能力を適切に評価するというプロセスが必要となる。なお、「雇用平等的配慮」としては、障害者に対して募集、採用への均等なアクセスを可能とすること、また、採用後は、障害の有無にかかわらず、労働者であれば享受できる利益を受けられるようにすることが求められる。

そこで、以下、a) では、本稿で用いる「労働能力等」と「雇用平等的配慮」の関係について、ADA第1編の「適格性」と「合理的配慮」との比較から説明し、さらに、日本で特別な考慮が必要となる点を明らかにする。それをもとに、b) では、職務限定のケースで、「雇用平等的配慮」の提供と能力評価のプロセスを確認し、本節（1）（イ）で示した、合理的配慮の提供で従来的一般労働法の下での解雇判断とは異なる結果が導かれる可能性について説明する。最後にc) では、前節（2）（イ）で示した職務無限定の正社員モデルで考えられる本質的機能の問題と「雇用平等的配慮」の関係について検討する。

#### a) 「労働能力等」と「雇用平等的配慮」との関係

本稿では、「労働能力等」と「雇用平等的配慮」という独自の概念を、ADA 第 1 編の「本質的機能」の考え方を参考にして設定した（本項（ア））。促進法の合理的配慮規定（36 条の 2 と 36 条の 3）の「均等な機会もしくは待遇の確保」という機能を担う「雇用平等的配慮」と、当該配慮を提供した上で「労働能力等」に基づく平等取扱いの関係を明らかにするため、ADA 第 1 編の「適格性」と「合理的配慮」との比較を行い、共通点と相違点を明らかにする。また、ADA 第 1 編との違いから、日本独自の考慮が必要な点を導出する。

##### i. ADA 第 1 編との共通点

本稿で用いる「雇用平等的配慮」は、本項（ア）で提示したように、障害者と障害者でない者との均等な機会及び待遇を確保するためのもので、第一義的には、平等取扱いのベースとなる「労働能力等」の基準を変えないもの、つまり、本質的機能を免除、変更しないものとしている。これは、基本的に、雇用平等を前提とする ADA 第 1 編の「合理的配慮」の考え方を踏襲しているといえる。

日本でも、差別指針や解釈通知から、「労働能力等」に基づき障害者と障害者でない者の間の均等な機会及び待遇を確保することが求められていると解釈し、本稿では、「労働能力等」を雇用平等を確保するためのベースと捉えている。「労働能力等」は、能力ベースの平等を確保するための基準となるという点で、ADA 第 1 編の「適格性」と共通している。

また、日本とアメリカでは一般的な雇用管理に違いはあるとしても、「労働能力等」を導く上で本質的機能のみに着目する点では、ADA 第 1 編の「適格性」の考え方を参考に行っている。「労働能力等」として問うのは、労働契約上の義務の本質的な機能だけで、周辺の機能を含めない。日本の職務無限定の雇用管理では、職務内容がかならずしも明確でないにもかかわらず、「本質的機能」という概念を用いるのは、あらゆることを障害者でない者と同じようにできないという理由で、障害者の能力が低く評価されるのを防ぐためである。たとえば、電話対応が業務の中で大きな割合を占めるわけではないのに、聴覚障害があつて電話を受けることができないことを理由に、障害者でない者よりも低い評価がなされるのを防止するためである。

##### ii. ADA 第 1 編との相違点

ADA 第 1 編の「適格性」とは次の点で相違する。アメリカでは、第一義的に、職務とその職務から導かれる本質的機能を決定する裁量権は使用者にあるとされる。一方で、日本では、労働法のルールが「労働能力等」の決定に影響を及ぼすことがあるので、使用者だけの裁量で決定できるわけではない

1505。  
。

---

<sup>1505</sup> 職務ベースの雇用管理が一般的なアメリカでは、基本的には使用者により職務が決定される。また、ADA 第 1 編では、第一義的には、何が本質的な職務機能に該当するかを判断するのは使用者であ

たとえば、日本では、解雇や雇止めもやむを得ないと認められる能力レベルは、採用の時に使用者が期待するレベルよりも低めに設定されるなど、使用者の裁量だけでなく、労働法による制限を受ける<sup>1506</sup>。そのため、障害者でない労働者に対して解雇されないために必要な能力が低めに設定される場合には、障害者である労働者に対しても同様に、低めに設定された「労働能力等」を用いることになる。もっとも、日本でも相応の待遇を受けている場合にはその職責に合わせた能力を求めることも可能となっており、労働法のルールによる影響の度合いは一律ではない<sup>1507</sup>。このように、日本では、雇用ステージによって労働法のルールの影響と使用者の裁量のバランスが変わり得るため、「労働能力等」が一定ではない点でも、採用や募集前に提示された職務明細が本質的機能の決定において重視されるアメリカの「適格性」とは異なるといえる。

このような相違点については、次の b) の事例で具体的に示す。

### iii. 日本では特別な考慮が必要な点

職務限定の労働契約の場合は、労働契約上で明らかにされている職務内容から、本質的な機能を導けるのに対し、職務無限定の労働契約の場合、労働契約上の義務の内容から本質的機能を考えると、特定の職務に関するものに限りという特徴がある。そのため、前節 (2) (イ) で指摘したように、日本の長期雇用を前提とする正社員モデルをもとに本質的機能を考えた場合、障害者には不利に働くものが含まれ得るということに注意しなければならない。特に「労働能力等」を平等取扱いのベースと考える場合には、障害者を過度に排除する基準を使用することは不適切である。また、本質的機能になり得るものが障害者を排除する可能性がある場合に、「雇用平等的配慮」は本質的機能を免除、変更しないというスタンスを取ると、障害者への間接差別となり得る基準をそのまま放置することになり、雇用平等の確保につながらない。これを受けて、正社員モデルにおける本質的機能に障害者に不利なものが含まれ得るということは、「労働能力等」、「雇用平等的配慮」ともに特別な考慮が必要となる<sup>1508</sup>。これに関しては、c) にて具体的に検討する。

---

り、使用者が募集や面接前に書面で提示していた職務明細は当該職務における本質的機能の証拠として考慮される (§12111(8))。ADA 規則でも、「何を本質的な機能とするかに関する使用者の判断」が特定の機能が本質的かどうか判断するための考慮要素のひとつとなっている (29 C.F.R. §1630.2(n)(3)(i))。ただし、第一義的には、使用者による判断が重視されるとしても、障害者を排除する可能性のある場合には職務関連性や事業上の必要性を求めるなど、使用者が障害者に不利な基準を設けることは制限されている (§12113(a), 29 C.F.R. §1630.10(a))。

<sup>1506</sup> 前掲注 1441-1445 及び応答する本文参照。日本では使用者の安易な解雇権の行使は、解雇権濫用法理 (労契法 16 条) によって制限されている。能力不足の解雇事案も容易に解雇有効と認められない傾向にある。

<sup>1507</sup> 前掲注 1453-1454 及び応答する本文参照。

<sup>1508</sup> 本質的機能から導かれた「労働能力等」を基準に用いることが間接差別となり得るのに、配慮が本質的機能を免除、変更しないというスタンスを取るとは、間接差別を放置することになる。この問題に関しては、c) で検討する。



また、一般労働法における労働者保護の効果は、障害者であるか否かにかかわらず、労働者全般に対して及ぶはずである。したがって、解雇回避措置が障害者でない労働者にとって有効なものでも、障害者である労働者に同じ効果を及ぼさない場合には、同じ効果をもたらすために配慮が必要となることがある。たとえば、事業所閉鎖に伴い当該事業所に勤務する労働者を一律で他の事業所の配置転換することで解雇回避しようとしている場合、障害者である労働者にとって他の事業所への配置転換が困難であれば、当該労働者には勤務可能な事業所を探すなどの配慮が求められるであろう。このような配慮は内容的に雇用維持の性質を持つものの、障害者と障害者でない者が同等の便益を享受することを確保するという意味で「雇用平等的配慮」として捉えるべきである。その意味でも、特に解雇や雇止めといった労働法の影響の強い場面において、「労働能力等」と「雇用平等的配慮」には特別な配慮が必要となる。

#### iv. 雇用平等的配慮の具体的検討

以上のように、個別に考慮しなければならない点はあるものの、「雇用平等的配慮」は基本的に ADA 第 1 編の「合理的配慮」の枠組みを踏襲している。したがって、「雇用平等的配慮」については、ADA 第 1 編を参考にして、具体的にどのようなものが配慮として求められるのかを考えることが可能である。「雇用平等的配慮」は、「本質的機能を免除、変更しない」ことを原則としているものの、本質的機能以外の面では障害者と障害者でない者との差を積極的に埋めることが求められる。そのような観点からみて、本質的機能の遂行を可能にすることに焦点を当てており、日本でも取り入れるべきと思われる配慮について以下で取り上げる。

たとえば、応募者に視覚障害がある場合、筆記試験で点字印刷をした試験用紙を配布したり、PC 操作で解答を記入することを認めたり、といった「雇用平等的配慮」が考えられる。この場合は、筆記試験そのものを免除したり、筆記試験の内容を変更したりすることなく、同等の内容で受験させることで、同じ基準で能力を評価することができる。

次に、上記の例よりも、本質的機能と配慮との関係が少し複雑な例を 2 つ紹介する。

1 つ目は、配慮指針の中で示されている合理的配慮の事例の中で、「出退勤時刻・休暇・休憩に関し、通院・体調に配慮すること」を「雇用平等的配慮」として提供することについて具体的に検討する。2 つ目は、少し特別な検討が必要な事例として、障害による症状に起因する問題とその問題を防ぐための配慮について、本質的機能を免除、変更しないという「雇用平等的配慮」の考え方とあわせて、応用的に捉える必要があるため、ここで紹介する。

1 つ目の配慮として、「出退勤時刻・休暇・休憩に関し、通院・体調に配慮すること」について検討する。定められた時間に出勤することができない事情に対し、勤務スケジュールの調整などを行なうことが、「雇用平等的配慮」として求められることがある。出勤時間や退勤時間を固定する必要のない仕

事で、全体の仕事量や労働時間は変えずに、障害者である労働者が柔軟に出勤や退勤の時間を決められることで、体調を管理しながら、仕事を十分にこなすことができるならば、そのような勤務スケジュールの調整は、本質的機能の遂行を可能にする「雇用平等的配慮」となり得る。たとえば、フレックスタイム制を設けている職場でも、有期雇用契約の労働者には就業規則でフレックスタイム制を認めていない場合がある。そのような場合でも、上述のように柔軟な出退勤を認めることが、合理的配慮としては求められる。

労働者の遅刻や欠勤を問題視し、従来は、定められた勤務時間や勤務形態で働くことを前提に指導していたとしても、合理的配慮としては、労働者が障害による制限を受けにくい勤務形態で働けるよう、個別の対応を検討する必要がある。勤務開始・終了時間の変更に限らず、出席しなければならない会議の時間を調整したり、在宅勤務を可能にしたり、といった調整によって、労働者が職務を遂行できるようにすることが「雇用平等的配慮」の内容として考えられる。

しかし一方で、遅刻や欠勤をしないことなどが、本質的機能になり得る場合もある。「雇用平等的配慮」の前提は、労働契約の義務の本質的な内容（本質的機能）を免除、変更しないことにある。そのため、勤務スケジュールの変更によって、本質的機能を免除、変更することになる場合は、「雇用平等的配慮」とならない。たとえば、病院に勤務し、シフト制で働く看護師に対し、事前にシフトを調整することは、合理的配慮として考慮され得るとしても、「そのシフトで決められた時間に出勤していること」が本質的機能であると考えられるのであれば、「労働者がその都度自由に就業開始時間を決められるようにすること」は配慮として求められない。

さらにいうと、勤怠が原因で解雇や雇止めが考えられている場面では、勤怠に問題があることを受け入れて、本質的機能を変えるのではなく、その基準自体は変えずに、障害を有していても職務遂行が可能となる環境や働き方を整えることが配慮として求められる。その結果、配慮提供で問題が解消され、職務遂行が可能となれば解雇事由はなくなるし、反対に、配慮しても勤怠に問題があれば、その状況をもとに解雇の判断がされることになる。

次に、本稿では、「雇用平等的配慮」として扱うべきと考えるものとして、2つ目の障害による症状に起因する問題とその問題を防ぐための配慮について検討する。たとえば、てんかんの発作時、糖尿病の低血糖状態など、障害による症状によって、危険をもたらす可能性がある場合を考える。配慮によってそのような症状やリスクを防止できるのであれば、それも「雇用平等的配慮」として考えられ得る

1509。

---

<sup>1509</sup> 前掲注 853-855 及び応答する本文参照。ADA 第 1 編では、障害者を雇用することで、当該障害者自身もしくは他人の安全や健康に対して直接的な脅威をもたらす場合、当該障害者には適格性がないとみなしてよいとされている。しかし一方で、ADA 第 1 編の議論の中で、障害によって生じる症状を理由

糖尿病を患っている労働者の場合、まずは低血糖状態にならないように本人が調整できるよう環境を整えることが「雇用平等的配慮」として考えられる。これに加え、低血糖状態になった場合に起こる症状、めまい、集中力の低下、意識が遠のく、最悪の場合には、昏睡状態になることも含まれ、それに伴うリスクを回避することも配慮として考えられ得る。特に、就業時間中に働けない状況になることを事前に防止する配慮は、労働者が体調を管理しやすくすることで、職務遂行を可能にするため、「雇用平等的配慮」となり得る。

そうした観点から、業務命令違反などの非違行為が障害に起因する行動による場合、そのような行動を回避、防止するための配慮も「雇用平等的配慮」となり得ると考えられる。というのも、配慮によって非違行為に該当するような問題行動を防ぐことができれば、そもそもの能力から、労働者は本質的機能を遂行できる能力を有すると考えられる。たとえば、○ 公立大学事件<sup>1510</sup>では、一般的には大学教員として問題のある行為であるとしても、アスペルガー症候群である大学教員に対して、大学側は当該行為を問題であると考えているとの指摘もしておらず、配慮を尽くしたとはいえないと判断されていることを踏まえても、合理的配慮の枠組みでも、問題行動をそのまま受け入れるというのではなく、使用者が問題と考える行動を改善させるための適切な配慮を行った上で、それでも労働者側に改善がみられない場合に、当該行為を理由とした解雇も認められ得ると考えるべきであろう。一方、改善を促す配慮によって、問題行動がなくなる場合、労働者が問題なく職務がこなせるようになる配慮として、「雇用平等的配慮」と捉えることが可能である。また、差別禁止の観点から、障害による症状を理由に障害者を不利に扱うことは、障害者であることを理由とする差別に該当し得ると捉えると、そのような差別を回避するための措置としても正当化できる。障害による症状を防止するための措置が存在し、それによって職務遂行が可能になるにもかかわらず、配慮として提供しないで「労働能力等」の基準を満たさないと判断することは、合理的配慮の不提供でもあり、適切な「労働能力等」に基づかない取扱いであるため差別にも該当する。したがって、障害による症状を防ぐことで、職務遂行が可能となるのであれば、そのような障害の症状を抑える措置も「雇用平等的配慮」となり得ると考えられる。

さらに、藍澤証券事件<sup>1511</sup>をみると、精神障害者である労働者が業務上のミスや隠ぺいを行うことが問題となっているものの、そうした行動を防ぐための措置が存在し、それを行うことで職務遂行が可能となれば、解雇事由はなくなると考えられる。しかし、ミスや隠ぺいを見逃したり、免除したりするこ

---

に不利益取扱いをすることは、障害を理由とする不利益取扱いと同じことであり、禁止されるべきであるという意見もある。ただし、ADA 第 1 編では、労働者側から合理的配慮を要求する必要があるため (Request 要件)、使用者が事前に把握してそのような防止措置を行うことは求められていない。また、労働者からそのような配慮が求められていなかった場合には、配慮を提供しなかったからといって、使用者が義務の履行をしていないということにはならない。

<sup>1510</sup> 前掲注 228。

<sup>1511</sup> 前傾注 214。

とは、求められる「労働能力等」の基準を変えることになるため、それは「雇用平等的配慮」とはいえない。

本稿では、このような「雇用平等的配慮」を想定しつつ、次の b) で「労働能力等」を「雇用平等的配慮」を考慮した上で評価することと、労働法の影響を受けて、求められる「労働能力等」が場面によって変わることと「雇用平等的配慮」との関係を具体的に検討する。また c) では、「労働能力等」の基準自体に障害者にとって不利になる機能が含まれる可能性がある日本の雇用管理の下で「雇用平等的配慮」をどのように捉えるべきかを検討する。

b) 「雇用平等的配慮」を提供した上での「労働能力等」に基づく平等取扱い-職務限定の場合

ここでは、合理的配慮を提供した上での労働能力等に基づく障害者と障害者でない者との雇用平等の確保を、日本でどのように実現するかという問題を取扱う。上記 a) で日本に特別に考慮が必要な点として挙げた平等取扱いのベースとなる「労働能力等」が労働法のルールの影響などによって雇用のステージで変わり得ることを踏まえ、本節 (1) (イ) で提示した「雇用平等的配慮」の提供による解雇や雇止め判断への影響も明らかにする。前節 (2) (イ) で提起した日本の職務無限定の雇用管理において「本質的機能」をどのように捉えるべきかという問題については、次の c) で取扱う。「雇用平等的配慮」を提供した上での能力ベースの平等取扱いを実現するためのプロセスを職務無限定のケースを用いて説明する。

促進法の合理的配慮規定 (36 条の 2, 36 条の 3) では、障害者と障害者でない者との間の均等な機会もしくは待遇の確保が求められている。それを実現するためには、応募者や労働者であれば享受できるはずの権利や便益を障害者にも同等に確保することと同時に、「労働能力等」に基づき、障害者である労働者の採用や昇進、配置もしくは解雇等を決定する、能力をベースとした平等取扱いが求められていると解釈できる (本項 (ア) 参照)。

以下では、横浜市学校保健会 (歯科衛生士解雇) 事件<sup>1512</sup>を基に独自の仮定を立てて検討する。そのような仮定の下で、職務の本質的機能を明らかにし (i), 「雇用平等的配慮」の検討を行った上で、原告が「労働能力等」基準を満たすかどうかを判断するプロセスを確認する (ii)。さらに、本項 (イ) で提示した、「雇用平等的配慮」を第一に検討した上で、次に「雇用促進的配慮」を考えるという 2 段階プロセスで、まずは能力ベースの機会均等を考える必要性を示す。こうした流れの中で、本節 (1) (イ) で取り上げた配慮義務による一般労働法の影響について、「雇用平等的配慮」の提供により、従来の能力不足の解雇事案における裁判所の判断と異なる判断が下される可能性についても検討する (iii)。

---

<sup>1512</sup> 前掲注 223。

i. 本質的機能の特定と「労働能力等」

ここでは、横浜市保健会事件<sup>1513</sup>を用いて、裁判所が重視した内容をもとに、原告である歯科衛生士が就いていた職務で本質的機能として何か求められているかを考える。そのため、ADA 第 1 編の考え方を参考にして、必要な「労働能力等」を明らかにするプロセスを確認する<sup>1514</sup>。事案の事実関係から得られる情報は限られているものの、ここでは、本質的機能を具体的に特定する手続き的な説明を行う。

裁判では、解雇当時、横浜市学校保健会に雇用されていた歯科衛生士が、歯科巡回指導の中心的かつ不可欠の要素とされた歯口清掃検査を行うことができたかが争点とされた。歯科巡回指導は、対象となる横浜市立の小中学校に歯科衛生士を巡回させ、各児童について、逐一、その歯口及び口腔内の清掃状況を検査し、その状態を当該児童に知らせ、歯口清掃、咀嚼、間食等の指導にあたることを内容とする歯口清掃検査と歯科保健指導とからなっている。そのうち、歯口清掃検査は、昼食前に行わなければならない児童の口腔内の状態が変わってしまうため、その日に検査を行うことになっている児童の歯口清掃検査は、すべて第 1 校時開始から第 4 校時終了までの約 180 分間（休憩時間を除く。）の間に行われることになっている。検査の対象児童数は小学校ごとに異なるが、児童数が多い学校は 800 人を超えることもある。

原告は、頸椎症性脊髄症にり患し、約 6 年間休職した後も、左上下肢に麻痺があり、それによって自力で移動することができず、常時介助者が必要な状態であった。そのため、「多人数の児童（その中には容易に指示に従わない児童も存在する。）を与えられた時間内に的確に検査する」必要があることを重視し、裁判所は、歯科衛生士が歯科巡回指導中に行っている業務内容と求められる能率の観点から解雇の有効性を認めた。

以上のことを踏まえ、横浜市保健会が歯科巡回指導のために雇用した歯科衛生士に求められる「労働能力等」を検討する。「労働能力等」は、労働契約の義務の内容から本質的な部分を捉え、その本質的機能を遂行できる能力をいう。横浜市保健会事件のように職務がある程度明らかである場合には、職務の本質的な機能を洗い出すことができる。本質的機能の特定方法について、ADA 規則では、第一義的には、使用者に職務の本質的機能を決定する裁量権があり、本質的機能の決定には、募集や面接前に準備していた職務明細、その機能を遂行するのに費やす時間の割合、本質的機能の遂行を要求しなかった場合の影響、労働協約の条件、過去にその仕事に従事していた者の就労実績、同様の仕事をしている者の現在の就労実績などが考慮されとされている（29 C.F.R. §1630.2(n)(3)）。

---

<sup>1513</sup> 同上。

<sup>1514</sup> ADA 規則によると、第一義的には、使用者に職務の本質的機能を決定する裁量権があり、本質的機能の決定には、募集や面接前に準備していた職務明細、その機能を遂行するのに費やす時間の割合、本質的機能の遂行を要求しなかった場合の影響、労働協約の条件、過去にその仕事に従事していた者の就労実績、同様の仕事をしている者の現在の就労実績などが考慮されとされている（29 C.F.R. §1630.2(n)(3)）。

これを参考にして横浜保健会事件における歯科衛生士の職務の本質的機能を考えると、当該機能を遂行するのに費やす時間の割合から重視されるのは、歯口清掃検査であろう。歯口清掃検査は、歯科巡回指導の中心かつ不可欠な要素とされている。また、本質的機能の遂行を要求しなかった場合の影響という視点から考えると、昼食前に歯口清掃検査を終わらせないと口腔内の状態が変わってしまうため、昼食前に歯口清掃検査を終わらせるという作業能率や時間的制約の中で検査を行うことが本質的機能として求められると考えられる。

これを受けて、本稿では、本質的機能を「昼食前までに検査対象児童の歯口清掃検査を的確に行えること」と捉え、これをここでは「1時間あたり a 人の児童の歯口清掃検査を的確に行えること」に置き換える。このことから、本件で求められる「労働能力等」とは、「雇用平等的配慮」を提供した上で、1時間あたり a 人の歯口清掃検査を的確に行える能力と仮定できる。

## ii. 「雇用平等的配慮」の特定と「労働能力等」の評価

次に、「雇用平等的配慮」を提供した上で、障害者である労働者が「労働能力等」を満たすかどうかを判断するプロセスについて考える。引き続き上記 i の仮定のもとで、どのような「雇用平等的配慮」が求められるかを検討し、配慮と能力評価の手続きについて説明する。

本稿の「雇用平等的配慮」は、本質的機能を免除、変更しないことを前提としているので、本質的機能である作業能率を変更するような措置は含まれない。具体的に上記 i の仮定で説明すると、1時間あたり a 人の児童の歯口清掃検査をこなすことが本質的機能として求められるので、時間内に検査する児童の人数を減らすといった業務量の調整や、時間を延長することは、「雇用平等的配慮」にはならない。1時間あたり a 人の歯口清掃検査を的確に行えるようにするための配慮を考える必要がある。

ここでは、まず、原告が提示した検査を可能にする方法について、裁判所はどのような判断を下しているのかを確認する。次に、合理的配慮を特定する手続きについて、原告の提示した方法を検討するだけで十分なのかどうかという観点から検討を行う。その後で、「雇用平等的配慮」を仮定して、「雇用平等的配慮」を行なった上での「労働能力等」を判断するというプロセスを確認する。最後に、「雇用平等的配慮」だけでは「労働能力等」が満たされない場合には、「雇用促進的配慮」を検討する、2段階の検討が有効であることを示すことにする。

実際の裁判では、わずかな工夫で就労可能であるとして原告が提示した「検査対象児童も着席させ、児童に指示して児童自身に頭の位置を動かすようにさせる方法」と「裁判当時に用いられていた検査方法の採用<sup>1515</sup>」について検討を行なっている。前者について裁判所は、「児童が着席するいすを複数用

<sup>1515</sup> 口頭弁論終結の時点で採用されていた検査方法（事案の中で「現在の検査方法」と呼ばれているもの）は、解雇当時の検査方法とは異なるものであった。原告が解雇された当時の検査方法は、「歯科衛生士が指にサックを付け、両手の指を用いて児童の唇に直接触れてこれを押し広げ、歯の衛生状態を検

意するなど事前の相応の準備が必要である上、検査対象児童が歯科衛生士が意図した的確な位置に頭を動かすことに時間を要する場合が少なからず想定され、その場合には歯科衛生士自身が自ら動いて口腔内を確認せざるを得ないし、その分余分な時間を費消することになる。そして、多人数の児童（中には容易に指示に従わない児童も存在する。）を与えられた時間内に的確に検査する必要にかんがみると、控訴人主張の方法による検査可能性については相当の疑問があるというべきである」と否定的である。また、裁判当時の検査方法（「現在の検査方法」）については、「本件解雇当時、控訴人は左上肢を一時的に持ち上げることができるものの、左上肢を上げたままの姿勢を長く保持することが困難であり、左上肢を上げ下げする動作を繰り返すと左手に不随意運動が生じてしまうおそれがあることが認められるのであって、左のひじが長時間・連続的に随意的運動ないし保持ができたとは認められない（中略）歯口清掃検査を的確に行うためには、右手だけではなく、左手をはじめ身体全体が的確な検査のために有機的に連動しなければならないのであって、現在の検査方法を採用したとしても、控訴人が、多様な児童の口腔内の状況を迅速かつ的確に検査できると評することはできない」とし、「社会通念上使用者の障害者への配慮義務を超えた人的負担ないし経済的負担を求めるものと評せざるを得ない」と判示している。

これに対し、これらの内容を合理的配慮として捉えた場合、配慮負担に関しては裁判所の判断とは異なるものになると考えられる。というのも、裁判所は「児童が着席するいすを複数用意する」ことについて「事前の相応の準備が必要である」と否定的であるものの、事業への影響や実現可能性といった過重な負担の判断要素で評価すれば、過重とは判断されない可能性が高い。また、検査方法の変更（解雇当時のものから裁判当時のものに変更すること）については、裁判の時点で既に新しい検査方法が用いられており、特に過重な負担を伴うものとはいえない。しかし、これらの配慮を行うことで、求められる「労働能力等」を満たすとは考え難いため、合理的配慮として考えても、結果としては、裁判所と同じように、当該労働者の職務能力では解雇されてもやむを得ないと判断され得る。

次に、横浜市保健会事件の原告が労働者として雇用されていた時に、合理的配慮の提供義務があったとしたら、合理的配慮の特定について、使用者側にどのような対応が求められるのであろうか。また、裁判所も、原告の提示した方法のみを検討することで足りるのであろうか。

---

査し、一人の児童の検査が終了すると、近くの台上に用意したアルコールを含ませた綿で指先をぬぐって消毒し、次の児童に取りかかる」というものである。これに対して、裁判当時用いられていた検査方法は、「歯科衛生士が左手の親指と人差し指で児童のあごを支えながら右手に持った綿棒を用いて児童の唇をめくり、上下左右の歯の表面及び裏側に順次綿棒を当ててその表面をぬぐい、歯の状態を確認し、児童一人の検査が終了すると、使用した綿棒を廃棄し、次の児童に対しては新しい綿棒を使用する」というものである。原告の主張によれば、後者の方が、左手のひじが高い状態で宙に浮いている状態ではないから左手が震えることはなく、右手は問題ないので、児童の口唇に傷をつけたり、不必要な痛みを与えたりすることはないとしている。

配慮指針によると、原告のように、採用後に中途障害者となった場合、当該労働者が障害者となったことを使用者が把握した時点で、職場において支障となっている事情の有無を確認することとされている（配慮指針第 3, 2(1)ロ）。その後、講ずべき配慮の特定については、「職場において支障となっている事情があれば、その改善のために障害者が希望する措置の内容を確認し」（同第 3, 2(1)）、「合理的配慮としてどのような措置を講ずるかについて当該障害者と話し合い」（同第 3, 2(2)）、「障害者との話し合いを踏まえ、その意向を十分に尊重しつつ、具体的にどのような措置を講ずるかを検討」することが求められている（同第 3, 2(3)）。ただし、「講ずることとした措置の内容又は当該障害者から申出があった具体的な措置が過重な負担に当たると判断した場合には、当該措置を実施できないことを当該障害者に伝え」（同第 3, 2(3)）、「事業主は、当該障害者との話し合いの下、その意向を十分に尊重した上で、過重な負担にならない範囲で、合理的配慮に係る措置を講ずること」（同上）とされている。なお、「障害者が希望する措置の内容を具体的に申し出ることが困難な場合は、事業主は実施可能な措置を示し、当該障害者と話し合いを行うこと」が求められている（同第 3, 2(2)）。つまり、日本では、合理的配慮を特定する手続きの中に、ADA 第 1 編の Request 要件のようなものはない。

以上のことから、横浜市保健会事件で原告が提示した検査方法を「障害者が希望する合理的配慮」と仮定して、配慮を特定するために、どのような手順が必要なのかを見直す。原告は、具体的に 2 つの措置（「検査対象児童も着席させ、児童に指示して児童自身に頭の位置を動かすようにさせる方法」と「裁判当時に用いられていた検査方法の採用」）を希望し、それらが提供されれば就労可能と申し出ているとする。

講ずべき合理的配慮を特定する手続きを考えれば、使用者側は、原告の希望する措置の内容を確認した上で、原告と話し合い、具体的にどのような措置を講ずるかを検討する必要がある。当該事案の事実関係から考えると、原告が希望する措置は具体的でも、1 時間あたり a 人の児童の歯口清掃検査を的確に行うという本質的機能を可能にするものではない。ということは、話し合いの中で、原告の希望する措置では不十分であることが判明するであろう。このような場合には、再度、労働者の意向を確認しながら、使用者側はどのような措置を講じるか具体的に検討する必要が生じる。また、使用者側が原告の希望する措置について過重な負担がかかると判断したならば、その説明を原告に行う必要があり、過重な負担にならない範囲の配慮を提供することが求められる。

この合理的配慮を特定するための手続きにおいても、本項（イ）で示したように、「雇用平等的配慮」だけでは不十分な場に、「雇用促進的配慮」を検討するという段階的検討が行われるべきと本稿では考えている。当該仮定の下での「本質的機能」は、「1 時間あたり a 人の児童の歯口清掃検査を的確に行う」ことである。ちなみに、配慮指針では、職務遂行を継続させることができない場合には、「別の職務に就かせることなど、個々の職場の状況に応じた他の合理的配慮を検討することが必要」（配慮



指針第 4, 1(2)ロ) とされているものの、当該仮定の下では、別の職務に就かせるという措置によって、本質的機能を変えることになるため、本稿で定義する「雇用促進的配慮」に該当する。

使用者側にとって過重な負担でない範囲で、原告が本質的機能を遂行できるようになる「雇用平等的配慮」が存在しない、すなわち、本質的機能を免除、変更することなく、職務遂行を可能にする措置がないと判断した上で、次の段階に入り、具体的に「雇用促進的配慮」について話し合い、検討が行われるというのが、本稿の見解である。そのため、「雇用促進的配慮」の検討に入る前の段階では、「雇用平等的配慮」があれば、労働者が本質的機能を遂行できるかという判断が重要になる。以下では、事案の事実からのみでは、適切な「雇用平等的配慮」を具体的に特定することは困難であるため、M. Stein が用いた配慮パターンを利用し<sup>1516</sup>、原告が提示した方法以外に、費用はかかるが生産性を上げるには効果的な方法が存在したと仮定する。この仮定の下、「雇用平等的配慮」を提供した上で、障害者である労働者が必要な「労働能力等」を満たしているかを判断するプロセスについて説明する。

なお、原告が「労働能力等」基準を満たすかどうかについては、ADA 第 1 編の適格性判断を用いることが可能である。「労働能力等」とは、労働契約の義務の本質的な内容（本質的機能）を遂行する能力である。ADA 第 1 編では、適格性が同じような定義でなされており、その適格性の有無を判断する方法として、ADA 規則では、第 1 に、雇用されるポジションに要求されるスキル、経験、学歴、その他の職務関連要件を満たしていること、第 2 に、合理的配慮があれば、あるいは、なくとも、そのポジションに求められる本質的職務機能を遂行できるかどうかという判断方法が示されている (29 C.F.R. § 1630.2(m))<sup>1517</sup>。

原告は、歯科衛生士であり、従来はその業務を行ってきたため、第 1 段階の職務関連要件を満たしている。次に、第 2 段階で、配慮がなければ原告は「労働能力等」を満たせないと考えられるので、どのような配慮が必要かを検討する必要がある。

そこで、ここでは、配慮として 2 つのパターンが存在すると仮定して検討を行う。1 つ目は、費用はかかるが、労働者の生産性を最大限高めることのできる「A. 原告が児童の口元をのぞき込めるように自由に高さや位置を調整できる非常に高価な椅子」（配慮 A）が存在し、これが提供されれば、原告は 1 時間あたり  $a++$  人 ( $a++>a$ ) の児童の歯口清掃検査をこなせると仮定する。2 つ目は、費用はあまりかからないが、労働者の生産性を最大限高める最善の手段とはいえない、「B. 検査方法を変更し、高さの異なる椅子を複数用意する方法」（配慮 B）で、これが提供されても、原告は、1 時間あたり  $b$  人 ( $b<a$ ) の児童の歯口清掃検査をこなすことが限界と仮定する<sup>1518</sup>。

<sup>1516</sup> 前掲注 1283-1287 及び応答する本文参照。

<sup>1517</sup> 前掲注 505 及び応答する本文参照。

<sup>1518</sup> 配慮 B の方法とは、原告が提示した方法から考えている。検査方法の変更とは、解雇当時のやり方

ちなみに、ここで求める「労働能力等」は、上記の歯科衛生士の職務内容から導いたもの（1時間あたり a 人の歯口清掃検査を的確に行える能力）とする。

そうすれば、配慮 A が過重な負担とならない場合、原告には「労働能力等」があると判断できる。配慮 A は費用がかかるものの、原告の職務遂行を可能にするため、講ずべき措置といえる。配慮 A について過重な負担の考慮要素を用いて判断すると、使用者の規模や財政状況などによって、その結果は異なり得る。過重な負担であるとは認められないケースもあれば、費用や実現可能性などから過重と判断されるケースもあると考えられる。ただし、後者の場合でも、障害者との話合いの下、その意向を十分に尊重した上で、過重な負担にならない範囲で合理的配慮に係る措置を講ずることが求められる（配慮指針第 5）。

配慮 B は、過重な負担とはならないため使用者に提供が求められるとしても、職務遂行を可能にするものではない。したがって、配慮 B が提供されても、原告には、必要な「労働能力等（1時間あたり a 人の歯口清掃検査を的確に行える能力）」がない。ということは、当該「労働能力等」が採用の基準として用いられ、この基準を満たす他の歯科衛生士が候補者として存在する場合、原告ではなく他の候補者を選ぶことは、「労働能力等」に基づく選考となり、障害者であることを理由とする不利益取扱いには当たらない。また、これが解雇されないために必要な能力であると仮定した場合、能力不足を理由とする解雇が有効となる。

以上のように、職務の限定があり、比較的能力や能率といった観点から裁判所が判断した事例であっても、今後は、改めて本質的機能から「労働能力等」を判断し、配慮を含めて能力を評価することが求められる。配慮 A のように、原告の状態でも十分に職務遂行が可能となる配慮が存在し、過重な負担とならなければ、異なる結果となるであろう。しかし、過重性も含めて判断した結果、配慮 B しか提供されないとする、求められる「労働能力等」を満たさないため、裁判所の判断と同じということもあり得る。

一方で、上記の仮定では、「本質的機能」を職務内容から導かれた「1時間あたり a 人の歯口清掃検査を的確に行えること」としたまま検討している。一般労働法の解雇制限による影響も考えると、職務内容から導かれた本質的機能（1時間あたり a 人の歯口清掃検査を的確に行えること）を遂行する「労働能力等」が、解雇されないために必要な能力の基準となるとは限らず、解雇の場合はもう少し低めに設定される可能性についても、日本では考慮する必要がある。この場合も、解雇されないためにはどの

---

ではなく裁判の口頭弁論終結の時点で検査方法として採用されている方法に変えることを意味している。そのやり方であれば、原告の左腕のひじは下がっていて児童のあごを支えているだけで、左手のひじが高い状態で宙に浮いている状態ではないから、左手が震えることもなく、右手は問題ないので、児童の口唇に傷をつけたり、不必要な痛みを与えることはないとしている。また、高さの異なる椅子を複数用意する方法とは、児童にあわせて着席させる椅子を変え、原告が着席した姿勢で、原告の意図した位置に児童の頭を持つてくることを可能にするための方法である。

ような「本質的機能」をこなすことができれば良いのかを明確にし、「雇用平等的配慮」を提供した上で、障害者である労働者は求められる「労働能力等」を満たすかどうかを評価する手順が踏まれるべきである。

iii. 一般労働法による「労働能力等」への影響がある場合

ここでは、一般労働法の解雇制限によって、職務内容から導かれたこの基準（1時間あたり a 人の歯口清掃検査を的確に行える能力）を解雇されないための基準として用いることが認められない場合を想定して論じる。引き続き、ii と同じく、横浜市保健会事件を用いた仮定を使って説明する。

日本では比較的強い解雇制限の下で、雇用維持の要請が解雇の適法性判断に影響するため、基本的には使用者が職務内容を決定するアメリカのように、求められる「労働能力等」が設定されるとは限らない。日本では比較的解雇が認められやすいとされる職務限定の場合でも、期待より能力が劣っているだけで、安易に解雇や雇止めが認められるわけではない。解雇や雇止めが有効と認められるには、解雇が致し方ないという程度の、能力の著しい不足が必要とされている<sup>1519</sup>。

そのような観点から、再度、横浜市保健会事件を用いて考えると、そもそも「労働能力等」の設定が高いため、当該基準を用いて原告の著しい能力不足を理由に解雇することは有効ではないと考える場合（X）と、障害者でない労働者が何らかの理由で長時間働けない状況にある場合、解雇回避措置として軽易業務への割当てや業務量の調整が行われるのであれば、そのような措置によって本質的機能とされた「1時間あたり a 人の歯口清掃検査を的確に行えること」が変更される場合（Y）があると考えられる。

解雇や雇止めがされないために必要な「労働能力等」の設定は、このように X の場合と Y の場合で明確に分けられるとは限らない。しかし、本質的機能である作業能率を下げるといった「雇用促進的配慮」を考える前に、一般労働法の解雇制限の影響で本質的機能が変わり得ることを考慮しなければならない。

ここでは、X の場合は、「1時間あたり a 人」という設定がそもそも高すぎるとみなし、解雇されないために必要な「労働能力等」は、「1時間当たり c 人（ $c \leq b < a$ ）」の児童の歯口清掃検査を的確に行う能力に設定し直されると仮定する。そして、Y の場合は、障害者でない労働者に対しても、一時的に児童数の少ない学校の歯科巡回指導が割当てられるという想定し、児童数の少ない学校では、「1時間当たり c 人の児童の歯口清掃検査を的確に行うこと」が、歯科衛生士の本質的機能となると仮定する。いずれにしても、求められる「労働能力等」は、「1時間当たり c 人の児童の歯口清掃検査を的確に行える能力」となる。そうすると、代替案の配慮 B しか提供されず、原告が「1時間当たり b 人の児童の

<sup>1519</sup> 前掲注 1452-1454 及び応答する本文参照。

歯口清掃検査」しかできない場合でも、解雇や雇止めの事由となるような「労働能力等」の不足は認められないことになる（ $c \leq b$ ）。

特に、労働法のルールの影響を受ける解雇や雇止めの場面では、本質的機能が変化し、そこから導かれる「労働能力等」は低めに設定されることもある。そのような前提の下では、「雇用促進的配慮」を検討しなくても、「雇用平等的配慮」の提供だけで、労働者が求められる「労働能力等」を満たす可能性がある。以上のことから、合理的配慮について考える際には、個々の場面に応じて「本質的機能」を明らかにすること、第1段階としては「雇用平等的配慮」に注目し、それだけでは、「労働能力等」を満たせないと判断された場合に限り、「雇用促進的配慮」の提供について検討するという2段階の段階的検討が重要であるといえる。

### c) 正社員モデルの雇用管理と雇用平等的配慮

上記 b) では、歯科衛生士という専門業務で職務内容が明らかなモデルを用いて配慮と能力の関係を整理した。一方、日本の職務無限定の雇用管理の下で考えられる「本質的機能」は、様々な職務の機能が混ぜ込まれるため、職務が限定されている場合に比べて、特別な考慮が必要となる範囲が広がる。そのため、ここでは、職務無限定の正社員モデルの下で考えられる本質的機能と「雇用平等的配慮」について検討する。

前節（2）（イ）で指摘したように、日本の長期雇用を前提とした正社員モデルで求められる労働義務から本質的機能を考えた場合、職務の限定がないために、あらゆる機能が本質的機能として考慮される可能性がある。また、日本の一般労働法の下では、採用に関して使用者に比較的自由な裁量権が認められており、障害の文脈では、促進法に違反しなければ、募集や採用時に応募している職務内容や一定の能力条件を変更することは求められないと考えられる。日本では、長期雇用を前提とする雇用管理として、計画的に新規学卒者を採用し、企業内での人員配置や養成を通じて人材を育てる方針が未だに続いている<sup>1520</sup>。特に、新卒一括採用のような、潜在的能力をはかる募集方法では、前節（2）（イ）で指摘した日本の正社員モデルで本質的機能として考えられ得るものは、いずれも含まれる可能性がある。

潜在的に想定されるあらゆる機能を本質的機能としてしまうと、障害者を排除する可能性が高くなる。意図的に障害者を排除しているわけではなくても、そのような本質的機能から導かれる「労働能力等」を適用することが間接差別につながる可能性がある。また、こうした状況の下で、「雇用平等的配慮」は本質的機能を免除、変更しないという原則を適用すると、障害者が排除される構図をそのまま残すことになる。本来意図していたのはその反対で、「間接差別に該当するような場合には合理的配慮の提供で対応が図られる<sup>1521</sup>」と考えられている。これを踏まえると、間接差別に該当するような場合に

<sup>1520</sup> 厚労省『平成20年版労働経済の分析－働く人の意識と雇用管理の動向－』183頁。

<sup>1521</sup> 分科会意見書1-2頁（前掲注112-113参照）。

は、雇用平等のベースとなる「労働能力等」を導く本質的機能を見直すか、「雇用平等的配慮」で間接差別の是正が求められるのかについても考慮する必要があるといえる。

ただし、本質的機能という考え方は、「労働能力等」をベースに雇用平等を確保する上で必要なものである。配慮を行なった上での「労働能力等」に差があれば、異なる取扱いも致し方ない。「労働能力等」に基づく雇用平等を確保する上では、本質的機能の遂行能力において障害者でない者と同様に扱える障害者に対し、平等を確保することが重要なので、障害者にとって不利になることを理由に、職務遂行に欠かせない機能まで取り除くことが求められるわけではない。差別指針でも、「募集に際して一定の能力を有することを条件とすることについては、当該条件が当該企業において業務遂行上特に必要なものと認められる場合には、障害者であることを理由とする差別に該当しない」（差別指針第3, 1(3)）とされている。すなわち、本質的機能を見直すとしても、障害者を排除するという理由だけでは不十分で、実際に均等待遇を確保できる範囲内での見直しに限る必要がある。

一方、「雇用平等的配慮」で間接差別の是正を求める場合、義務の一部を免除するというアプローチでは、結果として平等が確保され難いものとなる。本質的機能が障害者を排除する可能性があっても、合理的配慮でそれらを免除、変更したりするアプローチは、「労働能力等」をベースとした雇用平等を困難にすることも否定できない。

たとえば、合理的配慮がどの程度求められるかについて、求められる職務遂行のレベルを80%程度とし、80%程度の職務遂行が可能となるのであれば、合理的配慮の提供義務が生じるという考え方が示されている<sup>1522</sup>。この議論では、多様な職務への配置転換の可能性がある中で、企業の中にある5種類の職務のうち4種類は遂行可能であるなど、配置可能性の低下がわずかであれば、合理的配慮として遂行できない職務に配置しないことが過重な負担になる可能性は低く、80%の部分において障害者でない労働者と同じであるため、処遇について同一に扱うべき場合が多いとされている<sup>1523</sup>。これは、「障害者が遂行できない職務に配置しないこと」を合理的配慮としており、どの程度であれば、障害による配置可能性の低下を許容するかを考えている点で、義務の免除というアプローチに近い。

これに対し、本稿では、障害者でない労働者にとっても遂行できない、もしくは、適性にあっていない職務は存在するのであって、企業の中にある5種類の職務のうち1種類ができないとしても、むしろ多様な労働者がいて、生産性にも幅があることを踏まえると、4種類の職務に就くことを本質的機能と考えることが妥当であると考えている。理想的な範囲を想定して、労働義務の免除というアプローチを取るのではなく、現実的な労働義務の範囲を考えて、本質的機能となるものを考えるべきである。5種

---

<sup>1522</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 226-227 頁。「合理的配慮を提供してもあまりに不十分な職務遂行しかできない場合には、合理的配慮の議論に乗せるべきではなく、雇用義務制度の中で対応すべき」としている。

<sup>1523</sup> 永野 仁美ほか編・同上, 227-228 頁。

類の職務があつて、特定の 1 種類はそれほど重要でないため 4 種類で良いと考えられる職場もあれば、実態として、ほとんどの労働者が就く職務が 5 種類すべてではなく、平均的に 4 種類程度という職場もあるであろう。また、労働者の適性にあった職務への配置を優先させているため、5 種類すべてに対応できる人を求めているという職場も考えられる。形式的な契約内容だけではなく、実際の具体的な状況を想定して本質的機能を考えることが求められる。

上記 2 つの議論は、5 種類の職務のうち 1 種類は就かなくて良いものがあり、仕事の範囲が事実上限定されるという点では同じであるとしても、後者のように、本質的機能を揃えておくことは重要である。同じものを本質的機能として求め、そこから導かれた「労働能力等」に基づき、平等取扱いを確保するため、配置や昇進において障害者に不利に働かないという利点がある。

これらを踏まえ、本稿では、義務を免除するという考え方ではなく、雇用平等を確保のためのアプローチとしては、差別（間接差別を含む）を除去するという観点をより重視して考える。実態からみてそれらの機能が本当に本質的といえるのかどうかを改めて精査し、障害者を排除する可能性のある機能についても、本当に本質的機能として必要なのかどうかを検討する。これらの検討から、本質的機能とされる個々の機能は実態に照らしてある程度限定できること、同時に、障害者の「雇用平等的配慮」を受ける権利を侵害しないという観点からも本質的機能を限定して考えるべきことを示す。

#### i. 障害者を排除する可能性がある機能と「雇用平等的配慮」の関係

「労働能力等」をベースに雇用平等を確保する上で、「労働能力等」を導く「本質的機能」には、適正さが求められる。前節（2）（イ）で日本の正社員モデルを想像して洗い出した機能をそのまま「本質的機能」として用いることは適切ではない。また、本質的機能を広く捉えることで、本質的機能を免除、変更しない「雇用平等的配慮」の範囲は狭くなるため、使用者は本質的機能であると主張することで、「雇用平等的配慮」については提供義務の範囲を狭くすることが可能になる<sup>1524</sup>。つまり、正社員モデルのように多様な役務に就く潜在的な可能性も入れて広く「本質的機能」を捉えることは、障害者を排除する可能性だけでなく、障害者にとって配慮を受ける機会を喪失することにもつながりかねない。

一方で、障害者が排除されることを理由に、労働義務の内容の本質的な部分を免除してしまうと、能力ベースの雇用平等を確保することはできない。本質的機能の遂行能力において同じであるとみなすことができる障害者を不利に扱ってはならないということが、雇用平等における重要なポイントである。

<sup>1524</sup> ADA 第 1 編の下で、厳格な出勤方針を一律に適用し、それによって不利益を受ける障害者に対しても例外を認めなかったことを合理的配慮の不提供と判じられたケースがある（前掲注 804-807 及び応答する本文参照）。そのような観点から、配慮を提供する義務を果たさず、本質的機能として配慮義務を回避することは不適切であるといえる。

直接差別だけでなく、間接差別や合理的配慮の不提供も差別として規定している ADA 第 1 編を参考にすると、障害者を排除する可能性のある基準を用いる際には、職務との関連性及び事業上の必要性を示さなければならないとし、差別的効果のある基準を用いることを制限している。また、ADA 第 1 編では、障害者の合理的配慮を受ける権利を阻害するような場合も、合理的配慮の不提供として差別とされることがある。

これを受けて、職務関連性や事業の必要性が認められる範囲に本質的機能を限定することはひとつの考え方として参考にできる。それでも、日本では、長期雇用を前提とした雇用管理の事業上の必要性や、多様な職務に就くことを前提とした正社員モデルで職務関連性をどのように捉えるかは、難しい問題である。そこで実態にあわせて何が本質的機能になるかを考える必要がある。均等法の下で、合理的な理由なく、募集や採用の要件に転居を伴う転勤に応じることを入れることを禁じている一方で、実態として転居を伴う転勤が広く行われている場合には、そのような要件を入れることも可能となっている。実際に、日本の一般労働法の下での解雇判断でも、期待される能力基準が高めに設定されていたとしても、相応の待遇を受けていたと認められる場合には、能力不足を理由とする解雇が比較的有効になりやすい。そのような観点からは、実態から合理的な範囲を導き、本質的機能として、実態に比べて過大な要求がなされていないかを確認することが現実的な解として考えられる。

他方で、合理的配慮は障害者が経験している障壁を除去するためのもので、配慮が提供されない場合、障害者は障害者でない者よりも不利な条件に置かれる。ということは、障害者の合理的配慮を受ける機会を過度に妨げるような本質的機能の設定は、障害者の権利利益を侵害することにつながる。

以上のことから、本質的機能と考えられるものに、障害者を排除する可能性があるとするれば、職務や事業上の必要性や実態に基づく合理性からの客観的な判断を必要とする。また、必要以上に広く本質的機能を捉えることで、「雇用平等的配慮」の範囲が狭くなるという観点からも、本質的機能の範囲を見直すことを提案する。

## ii. 各機能の本質的といえる範囲と雇用平等的配慮

本稿では、雇用平等的配慮はあくまで労働義務の免除という形ではなく、本質的機能の遂行を可能にし、雇用平等を実現するためのものという位置づけを変えず、正社員モデルで求められる本質的機能の見直しを検討している。ここでは、前節(2)(イ)で指摘した本質的機能について、それを基準として用いる客観的合理性があるかどうか、及び、「雇用平等的配慮」を受ける機会を阻害していないかという観点から、具体的な状況を想定して再検討を行う。

まず、職務無限定の正社員モデルの特徴ともいえる多様な職務に就くことに着目する。解雇や雇止めの場面では、現実的配置可能性のある職務が一つでもあれば良いとされるものの、それは、日本の長期雇用慣行を前提とした労働法のルールから制限されているものといえる。仮に現実的可能性のある職務

が一つ以上あることを本質的機能とした場合、一つしかないのであれば職務限定で労働契約を締結すればよく、職務無限定の労働契約を結ぶ必要性がないという反論が予想される。

事業の必要性に応じて職務を変更し、複数の職務をこなすという機能は、職務限定と職務無限定とを分ける要素である。この違いを重視する場合、当然、現実的配置可能性のある職務一つだけでなく、ある程度、複数の職務をこなせるという、職務の幅を持たせるべきだということになる。

ただし、複数の職務をこなせるという職務の幅が、どの程度求められるのかについては、実質的に評価すべきで、現実的に配置転換がどのような頻度で行われているか、労働者の適性或職歴がどのように考慮されているか等をもとに決定すべきであろう。

正社員モデルでも、採用後は、着任している職務に絞って本質的機能を考える可能性はある。実際のところ、仕事の内容に応じて賃金を決める職務給的要素が強まっているとされており、「仕事の内容を改めて分析し、その構成要素に分解することによって、職務分野と責任を明確化し、その職務の内容や困難さに応じて一人ひとりの賃金額を決定しようという考え方がとられるようになってきている<sup>1525</sup>」とされる。こうした状況も踏まえ、複数の職務をこなすという機能を本質的とみなすかどうかは、個別に判断する必要がある。

一方で、事業の都合に応じて配置転換が行われる雇用管理の下では、募集や採用の時ほど潜在能力を問われなくても、ある程度の配置転換への柔軟性が労働者に求められるケースもある。その場合でも、使用者の配転命令権は無制限に認められるわけではない。たしかに、職務を限定しない正社員モデルでは、雇用調整のひとつとして、事業上の必要性に応じ、勤務場所もしくは職務内容を変更する配置転換が行われるものの、その場合でも、合理的な範囲で行われるべきとされている<sup>1526</sup>。また、配置転換には、適性或職歴なども考慮されるべきであり、労働者に著しい不利益を生じさせる配置転換の合意は無効となり得る<sup>1527</sup>。すなわち、多様な職務ができることが求められるとはいえ、いかなる配置転換にも応じられる能力がすべての労働者に必要とはいえない。仮に、そのようなことを求めている職場があるとしても、事業上必要で、実態に即している場合に限り、本質的機能とすることが認められる。

そのような観点から、配置転換に付随して、勤務場所の変更に柔軟に対応できることに関しても合理的な範囲に限定できると考えられる。たしかに、転居を伴う配転がある総合職と地域限定職では異なる雇用管理がなされ、総合職の方が高い待遇を得られる理由のひとつには、そのような働く地域を問わない配置転換に応じられることが考慮されているといえる。しかし、均等法では、総合職の募集・採用に転居を伴う転勤を要件とすることは、合理的な理由がない場合、間接差別を構成することが明らかにされている。また、労働者に著しい不利益を及ぼす場合は配転命令を拒否できるとされている上、仕事と

<sup>1525</sup> 平成 20 年度版労働経済白書・前掲注 1520, 189 頁。

<sup>1526</sup> 後掲注 1585 及び応答する本文参照。

<sup>1527</sup> オリエンタルモーター事件・前掲注 208。



生活の調和に配慮した労働契約を締結、変更することが求められている（労契法 3 条 3 項）。したがって、勤務場所変更への柔軟性についても、労働者の事情も考慮した合理的な範囲にとどまると考えられる。

なお、実際に、特定の職務への配置転換が必要で、それが合理的な範囲であると認められる場合、障害者である労働者にとって、配置転換に伴う転居、通勤経路の変更、職場環境の変化などが、職務遂行に支障をきたすのであれば、その支障となっている事情を改善することが雇用平等的配慮となると考えられる。このように、配慮を行えば配置可能性が高まることも考慮して、障害者の複数の職務を遂行する能力を評価すべきであろう。

他方、時間や場所に無理の利く働き方を評価する傾向にある正社員モデルでは、時間への柔軟性が問題となる。それによって、現在の労働環境では、時間外労働や休日出勤など、規定の勤務時間を超えて対応できることが本質的機能となる傾向にあり、それができる人とできない人で評価に差が生じる傾向がある。それが過度に評価されると障害者にとって不利に働くことになりかねない。また、時間外労働を含めた長時間労働の是正は、日本の働き方改革の課題となっており<sup>1528</sup>、そのような時間への柔軟性を本質的機能として評価に含めることは不適切であると考えられる。

勤務スケジュールの調整は配慮のひとつとなり得るもので、通院やリハビリのために勤務時間を遅らせたり、休暇を取得したりする必要があるれば、個々の状況に応じて考慮する必要がある。時間に融通の利く働き方を本質的機能として求めることは不適切である上、長時間労働や無欠勤を評価してしまうことは、障害者である労働者に必要な合理的配慮を受ける機会を奪うことにもなり得る<sup>1529</sup>。

さらに、身だしなみや周囲とのコミュニケーションに関しては、これまで正社員モデルでは本質的機能として問われてきたとしても、障害による症状と配慮との関係から検討する必要がある。身だしなみやコミュニケーションの問題は、障害による症状として生じていることもあり、a)iv で挙げた配慮事例のように、障害の症状を理由に不利益取扱いをすることが禁止されるかどうかという問題につながる<sup>1530</sup>。日本でも、配慮の観点から問題となるような状態を防ぐことができるかどうかを考慮した上で、

---

<sup>1528</sup> 平成 28 年 3 月 14 日参議院予算委員会における総理答弁。

<sup>1529</sup> たとえば、2 名の候補者がいたとして、1 人は、職務能力や職歴といった要件を満たしているが、障害により勤務時間への配慮を必要とし、基本的には勤務時間の延長は難しいとする。もう 1 人は職歴の面で期待していた要件を満たしていないものの、勤務時間への変更には柔軟に対応できるとする。本質的機能として勤務時間の延長や変更に対応できることを問わなければ、「労働能力等」に基づく選考が公正に行われた場合、前者が採用されるであろう。しかし、そのような時間への柔軟性が本質的機能とされた場合、配慮の提供が受けられず、決められた勤務時間であれば就労可能な障害者を排除することにつながる。また、使用者は勤務時間への配慮を提供しなくて良い方を選んでいても捉えることができる。

<sup>1530</sup> 本稿では、ADA 第 1 編の、障害に起因する症状として生じる問題行動を合理的配慮によって防ぐことができるのであれば、当該労働者は適格性を有すると捉えるべきという議論を参考にして（前掲注 853-855 及び応答する本文参照）、日本でもそのような配慮を「雇用平等的配慮」として考慮すべきとしている。

「労働能力等」を適切に評価することが望ましい。本質的機能と配慮の関係から考えても、このような配慮をしても問題となる状態が続くようであれば、身だしなみや周囲とのコミュニケーションが問題となって解雇が検討されるため、本質的機能の免除や変更を配慮として求めているわけではない。つまり、本質的機能としては身だしなみや周囲とのコミュニケーションがきちんとできることが含まれるとしても、障害の症状としてこれらができないことが問題となっている場合には、何らかの問題を防止する手段を取ることも配慮のひとつとして考えられ、それによって問題がなくなれば、職務能力があるとみなすことができる。

以上のように、正社員モデルでは本質的機能となり得るものを個別に精査したところ、多様な役務をこなすこと、時間や場所への柔軟性、身だしなみや周囲とのコミュニケーションが取れることは、配慮との関係も含めてある程度限定できると考えられる。多様な役務をこなすことや場所への柔軟性は、事業の都合による配置転換に応じることが求められるために要請されるものではあるが、労働者の個別の事情も考慮した合理的な配転の範囲にとどまり、配転による環境の変化に対応した配慮を行うことで、配置可能性も高まると考えられる。また、時間外労働にも応じられる時間への柔軟性を本質的機能とすると、勤務時間を配慮すれば働くことができる障害者の機会を妨げることになる上、配慮の提供義務を果たしていないとも考えられる。最後に、身だしなみや周囲とのコミュニケーションに関しては、本質的機能として必要ならば求めることができるものの、それができないという問題は、障害の症状に関連することもあるため、配慮によってそうしたことを問わないのではなく、問題を防止するような措置を考えることが重要である。

### iii. 労働法のルールと本質的機能への影響

すでに b) でも検討したように、労働法のルールが「労働能力等」の設定に影響することがある。本節 (1) (イ) でも述べたように、長期雇用を前提とする日本の一般労働法の下では、使用者に対して、採用や配転に関して比較的自由的な裁量を与える代わりに、長期的に労働者の雇用を維持するよう求めているため、正社員モデルでは、特に雇用維持の要請が強い傾向にある。障害者であるか否かにかかわらず、職務無限定の雇用管理では、雇用維持の面で便益を受けやすくなる。たとえば、多様な役務をこなすという機能は本質的機能とはならず、多様な職務の中から現実的に配置可能なものが一つでもあることが本質的機能となり得る<sup>1531</sup>。

また、正社員モデルでは、時間にも場所にも柔軟に対応できる人材を高く評価する傾向があるとしても、休職から復帰した労働者に対して、時間外労働をさせないようにしたり、短時間勤務を認めたりす

---

<sup>1531</sup> ただし、それでも伊藤忠商事事件（前掲注 1422）のように、総合職では、管理業務においても、対人折衝等の複雑な業務を遂行できる能力が求められるとされ、現実的可能性のある職務がないと判断されることもある。営業も管理業務もどちらもできるといった能力は求められなくても、総合職として必要な業務遂行のレベルをもとに、現実的配置可能性のある職務の有無が判断されている。

るなど、労働契約上の配慮義務の範囲で勤務時間への配慮が行われることもある。そうした観点からは、時間への柔軟性が本質的機能として求められているとは限らない。一方で、身だしなみや周囲とのコミュニケーションに関しては、それができないことが、能力不足を理由とする解雇判断に影響することもある<sup>1532</sup>。

正社員モデルでは、特定の職務に就くことが予定されているわけではないため、募集や採用の場面で、障害者に不利に働く可能性のあるものも含めて本質的機能として想定されるのに対し、解雇の場面では、多様な役務をこなす機能や勤務時間への柔軟性などは、本質的機能から外れる可能性が高い。その場合、本質的機能が限定されるので、本質的機能を免除、変更しないで行える配慮の範囲も広がると考えられる。

## ② 雇用促進的配慮の提供義務の範囲

日本では、雇用率制度を中心に障害者雇用が進められてきたため、行政解釈では、促進策的な考え方が合理的配慮に組み込まれていることは、すでに繰り返し指摘した。

行政解釈では、障害者の能力や適性にあわせて業務を切り出したり、業務量を調整したり、ということが、「合理的配慮」の枠組みで示されている上、合理的配慮を提供した結果としての異なる取扱いとは、法違反にならないとする解釈が示されている<sup>1533</sup>。これらは差別禁止の枠組みからだけでは説明できないので、本稿では、本質的機能の免除、変更を伴うものを「雇用促進的配慮」として独自の概念を立てた（本項（ア））。

とはいえ、本節（1）（イ）及び（ウ）で取り上げたように、業務を切り出すなどの日本特有の「雇用促進的配慮」が、過重な負担でない限り、法的義務の範囲に含まれるかという点は明らかにしなければならない。そこで、以下では、日本の合理的配慮における「雇用平等的配慮」の位置づけを確認し、どのような措置が「雇用促進的配慮」として求められ、提供義務の範囲に含まれるのかについて検討する。なお、解雇や雇止めの場面における「雇用促進的配慮」については、合理的配慮義務と一般労働法との関係という観点からも検討する必要があるため、次の③で検討する。

### a) 雇用促進的配慮の位置づけ（雇用平等との関係、促進策との関係）

ここでは、「雇用促進的配慮」が提供義務の範囲に含まれるかどうかを検討するために、まずは、「雇用促進的配慮」の位置づけを確認する。

<sup>1532</sup> 日本電気事件・前掲注 224 など。

<sup>1533</sup> 差別指針第 3, 14 ハ「合理的配慮に係る措置を講ずること(その結果として、障害者でない者と異なる取扱いとなること)」。解釈通知第 2, 1 ハ「合理的配慮に係る措置を講じた結果として、異なる取扱いとなること、に該当する場合は、不当な差別的取扱いに該当しないこと」。これを受けて、Q&A 第二版では、「合理的配慮として特定の職務を切り出し、障害者に当該職務を担当してもらう場合は法が禁止する差別に該当しません」（A3-3-2）と回答されている。

本稿では、「雇用促進的配慮」は、「本質的機能」を免除、変更を伴うもので、「雇用平等的配慮」とは対称的に位置づけている。「雇用促進的配慮」は、平等のベースである「労働能力等」を導く「本質的機能」の免除、変更を行うため、結果として異なる取扱いを導いてしまい、「労働能力等」に基づく平等取扱いを難しくする点で問題を含んでいる。ただし、促進法では、均等な機会や待遇の確保だけではなく、障害者の能力の有効な発揮による職業安定も目的（1条）に含むとすると、本質的機能の免除、変更を行うからといって、「雇用促進的配慮」が画一的に義務の範囲から外れるわけではない<sup>1534</sup>。つまり、法律上、日本の合理的配慮には、雇用平等の観点からは矛盾を孕んでいる配慮が許容され得る。

ちなみに、特例子会社、もしくは、特例子会社化していなくても、特定の場所、事業分野で集中的に障害者を雇用している職場においては、同様の職務に従事する障害者でない者がいないこともある。特例子会社は、障害者であることを理由として、特別な職場環境で集中的に障害者を雇用するもので、障害者でない者との異なる取扱いがなされるものの、促進法の下で認められた制度であり、その制度自体は差別とはならない<sup>1535</sup>。

特例子会社等では、最初から障害者であることを予定した働き方で、障害者でない者との異なる取扱いが前提となっている。特例子会社等の職場では、障害者が、障害者でない者と同じように働くことを前提としていないため、平等取扱いのベースとなる「本質的機能」の概念がそもそも機能しない。この点について、本稿では、特例子会社等で、障害特性に配慮した業務が与えられている場合にも、「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の概念を適用するため、特定の障害者の具体的要望を考慮して、当該障害者の就労を可能、容易にするための業務の見直しや業務の切り出し等は、「雇用促進的配慮」と捉えることにする。たとえば、特例子会社では、特定の障害種別の者を雇用することに特化して、業務がパターン化されていたり、障害特性に配慮したマニュアルが用意されていたりする。こうしたケースにおいては、予定されている業務パターンで就業が難しい者に対し、能力や適性に合わせて業務の切り出しや業務量の調整が行われるとすれば、これを「雇用促進的配慮」と捉える。新たに業務を切り出す

---

<sup>1534</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129 では、合理的配慮と採用基準の関係について、採用基準を使用者が自由に設定できることを踏まえつつ、合理的配慮では本質的な採用基準を下げることは含まれていないけれど、周辺の採用基準を下げたり免除したりすることは含まれるという見解を示している（225頁）。しかし、本稿ではこの点について、促進法の趣旨や合理的配慮の提供義務の内容から精査する必要があると考えている。

<sup>1535</sup> 障害者のみを対象とする求人は、障害者を有利に扱うもので、禁止される差別に該当しないとされている（差別指針第 3, 14 イ、解釈通知第 2, 2(16)イ）。ただし、障害者は、特例子会社や障害者専用求人でのみ受け付け、親会社等での一般求人では障害者を受け付けないといった対応は、障害者であることを理由とする差別に該当する（Q&A 第二版 A3-1-5, A3-1-6）。また、特例子会社等において、障害者雇用を進めるために通常の処遇基準と異なる基準を設けること自体は、直ちに法で禁止する差別とはならないものの、当該基準が、業務等の内容に基づいて設定されたものであるのか、単に障害者であることを理由として設定されたのかについては、留意する必要があるとされる（Q&A 第二版 A3-2-3）。

こと等を含め、そのような配慮によって、障害者の就労が可能・容易になる点で、これは、本質的機能概念が観念できる場面での「本質的機能」の免除、変更を伴う「雇用促進的配慮」と共通の性質を有すると考えられる。

前述したように、「雇用促進的配慮」として、業務量の調整や業務の切り出しといった措置が行われることで、労働義務の本質的機能として求められるものが、免除されたり、変更されたりするため、結果として、障害者と障害者でない者との間の処遇が異なることが正当化され得る。たとえば、S社（障害者）事件<sup>1536</sup>では、労災事故により障害を負った労働者に対して、他の技能系社員と比べて相当限定した業務を設け、従事させてきたことから、当該労働者は、本来業務を遂行する技能系社員を前提とする昇格基準を満たしていないと判断されている。本稿の分析枠組みを用いて説明すると、「本質的機能」は他の技能系社員の遂行する本来業務とされており、中途障害者である労働者は、本質的機能を免除、変更した「雇用促進的配慮」を受けたために、本質的機能をベースとした昇進基準を満たさないと判断されたといえる<sup>1537</sup>。このように、「雇用促進的配慮」が本質的機能を免除、変更するものであるために、「雇用促進的配慮」を受けたことで、雇用平等は確保できないという結果が導かれ得る。

そのため、「雇用平等的配慮」を行えば、職務遂行が可能になる場合に、障害者と障害者でない者との区別を結果的に許容し得る「雇用促進的配慮」を提供したとしても、合理的配慮義務を果たしているとはいえない。というのも、「雇用平等的配慮」を提供することで、障害者に対して均等な待遇を確保することが可能であったのに、使用者がそれを怠り、障害者に対して異なる処遇を与え、不利益な取り扱いをした場合、差別に該当し得るためである。また、障害者専用求人で採用した障害者には「雇用促進的配慮」を提供するというわけではない<sup>1538</sup>。

実際に、本質的機能を免除、変更しなくても周辺の機能を調整することで職務遂行が可能になる例は考えられる。たとえば、眞保 智子『障害者雇用の実務と就労支援』で掲載されている事例を参考にとすると、職務の円滑な遂行に必要な施設の整備については、車椅子用のスロープや移動スペースの確保、多様な障害に配慮したトイレの設置、音声ソフトなど、援助を行う者の配置に関しては、手話通訳やジョブコーチの配置が挙げられている<sup>1539</sup>。その他の必要な配置としては、短時間勤務の導入や休憩

---

<sup>1536</sup> 前掲注 217。

<sup>1537</sup> ただし、他の技能系社員が遂行する本来業務の中で、何を平等取扱いのベースとなる「本質的機能」とするかは、本項①c)で論じたように、過度に障害者を排除するものになるものは不適切であり、実態から何が本質的機能となるかを考える必要がある。

<sup>1538</sup> 障害者専用求人であっても、採用後、障害者でない者と同様の職務に従事しているにもかかわらず、労働能力等に基づかず、単に障害者であることを理由として、障害者でない者と比較して、雇用形態、賃金、賞与、昇進、退職金などにおいて不利な取扱いをする場合は、法で禁止する差別に当たる（Q&A 第二版 A.3-1-4 後段参照）。

<sup>1539</sup> 眞保 智子・前掲注 242, 69 頁。

時間や出勤時間の配慮，通院のために必要な配慮が挙げられている<sup>1540</sup>。これらの事例で「短時間勤務の導入」以外は，「雇用平等的配慮」に該当すると考えられる。これらは，物理的な空間や情報へのアクセスへの機会を均等に保障するため，あるいは，障害者である労働者が継続的に職務を行うために必要な措置といえ，職務の「本質的機能」を変更，免除するようなものではない。したがって，本稿の定義では，「雇用平等的配慮」となる。一方で，フルタイムの労働者に短時間勤務を可能にするような配慮は，「本質的機能」の免除，変更が伴う場合があり，本稿でいう「雇用促進的配慮」に含まれる可能性が高い。

このように「雇用平等的配慮」に該当する事例も多く，「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」を区別する考え方の下では，「本質的機能」を免除，変更しない「雇用平等的配慮」を行なったことを理由に，異なる処遇や雇用管理をすることは差別に該当し得る。前述した合理的配慮の結果として，障害者に障害者でない者と異なる処遇を与えることが，法が禁止する差別に当たらないとする解釈は，「雇用促進的配慮」の場合に限定される<sup>1541</sup>。

他方，障害者の個々の状況にあわせて業務の内容や量を調整する必要がある場面では，「雇用促進的配慮」が必要となることも考えられる。

「雇用促進的配慮」は，能力や適性に応じた業務に配置され，障害者の有する能力を有効に発揮できるという点で機能すると考えられる。したがって，従来の促進的施策として行われてきたものが，一概に「雇用促進的配慮」に入るわけではない。たとえば，雇用率制度やトライアル制度等の下では，「障害者でも遂行可能な業務を切り出して与える」ことが行われてきた。この考え方は，日本では合理的配慮の中に取り込まれているものの，これがすべて「雇用促進的配慮」に該当するわけではない。この点で，単に「特定の職務を切り出し，障害者に当該職務を担当させる」ことを「合理的配慮」と解釈しているのであれば（Q&A 第二版 A3-3-2），その解釈には問題があるといえる。

まず，障害者である労働者の配置に関して，「労働能力等」に基づくことなく，障害者だからといって特定の仕事を自動的に与えるような対応は単なる差別であり，認められない（差別指針第 3, 3(2)，解釈通知第 2, 2(5)ト）。

また，合理的配慮は，個々の事情を有する障害者と使用者の話し合いの中で，当該障害者の意向を確認しつつ，具体的内容を特定するという手続きが配慮指針で明示的に示されている（第 3, 2(3)）。そのため，たとえば，中途障害により従来から行ってきた業務内容が適さなくなり，遂行できない業務が増え

---

<sup>1540</sup> 眞保 智子・同上。

<sup>1541</sup> Q&A 第二版 A3-1-4（前掲注 1431 参照）のような，障害者雇用では正社員以外の求人が多く，「合理的配慮として特定の職務を切り出し，障害者に当該職務を担当してもらう場合」は異なる処遇がなされることについて，法が禁止する差別に該当しないとする解釈は，本稿でいう「雇用促進的配慮」の提供においてのみ可能なものである。

た場合でも、採用された職種（事務系、技術系など）以外への異動は行われないという方針の下、雇用関係を継続し、障害によって遂行できない内容は免除しているということが合理的配慮として位置づけられるかという点、肯定できない。本人の意向が、障害によってできない業務を免除することではなく、障害があっても遂行できる適職への配置であれば、本質的機能の免除を行なっているとしても、「雇用促進的配慮」とはいえない。

一方で、障害者であることを理由とする配置の中でも、「障害者本人の障害特性や労働能力、適性等を考慮して特定の仕事を割り当てる」ことは、合理的配慮と解釈され得る（解釈通知第 2, 2(5)ト）。雇用率制度の下で、障害者雇用を進めるために特定の障害特性に対応して環境を整備してきた職場があることを考慮して、障害者であることを理由に特定の仕事を与えていても差別に該当しないことの理由を提供していると考えられる。

なお、「雇用促進的配慮」を受けて、障害者である労働者が、本人の能力や適性にあった仕事に従事した後も、障害の状態や職場の状況は変わり得るため、定期的に職場において支障を来している事情がないかどうか、使用者は当該障害者に確認することが求められる（配慮指針第 3, 2(1)ロ）。この定期的な確認には、相当程度限定された業務に就いていたとしても、本人が業務範囲の拡大を申し出ている場合には、本人の希望の実現に向けた話し合いを行うこと等が含まれると考えられる<sup>1542</sup>。また、上述したように、「雇用促進的配慮」の提供を理由に、「雇用平等的配慮」の提供が免除されるわけではないので、職場環境の改善など、周辺的な機能の免除、変更を行う「雇用平等的配慮」は必要に応じて求められ得る。

#### b) 日本で雇用促進的配慮が必要な理由

日本では、特定の職務を切り出すこと等、結果として雇用平等の確保を難しくするものであっても、合理的配慮に含まれ得る。仮に、法が雇用平等だけを目的として、雇用促進を求めなければ、法の射程範囲に含まれる合理的配慮は、均等な機会や待遇の確保に必要な「雇用平等的配慮」のみに限定されるであろう。しかしながら、促進法では、そもそも雇用率制度や職業リハビリテーションといった雇用促進策が中心的役割を担っており、また、これらは、差別禁止法理の導入によって廃止されることなく、継続されている。法の中で、雇用平等と雇用促進の目的が共存しているため、雇用平等の確保とは矛盾するような雇用促進的な配慮も法の射程範囲に含まれ得る。

---

<sup>1542</sup> たとえば、京成不動産事件（前掲注 218）では、原告が自己の業務範囲の拡大についてどの程度真剣に希望していたのか疑問であり、実際に、そうした希望を申し入れていたとは認められないこと、また、被告がその希望の実現を妨げた事実も認められないことから、被告が原告に相当に制限された業務しか分担させなかったことについて、違法とは認められないとされている。これについて、本稿の「雇用促進的配慮」の観点から検討すると、障害者である労働者の意向を尊重する形で能力や適正にあった業務の切り出しが行われていたとしても、定期的に使用者が支障となっている事情の有無を確認する過程で、当該労働者が業務範囲の拡大を希望していることが明らかになった場合には、そうした配慮の可能性について話し合う必要があると考えられる。

雇用平等を損なうとしても、障害者に対して、これまで労働者 1 人分の業務として組み込まれていた機能を切片化して、その一部を割当てするなど、本質的機能を変えるような「雇用促進的配慮」が必要な理由のひとつに、雇用率制度の存在がある。

雇用率制度の下では、一定割合で障害者の雇用を義務づけており、雇用されている障害者の中には、障害者でない者との能力ベースの雇用平等という枠組みだけでは、雇用上の便益を受け難い者がいると想定される。雇用平等的配慮を提供しても、障害者でない者と同様の職務を遂行することは困難な場合、障害者が労働力として必要とされる場所で働けるようすることが必要となる<sup>1543</sup>。そのため、障害者の能力や適性にあった仕事を作る「雇用促進的配慮」が機能する。

さらに、「雇用促進的配慮」を求めるもうひとつの理由として、「雇用促進的配慮」によって実現される適職配置が、法の趣旨に適うことが挙げられる。促進法は、障害者がその能力に適合する職業に就くこと等を通じてその職業生活において自立することを促進するための措置を総合的に講じ、もって障害者の職業の安定を図ることを目的としている（1 条）。

雇用促進的配慮は本質的機能を免除、変更するものの、それによって、障害者本人の障害特性や労働能力、適性等を考慮して特定の仕事を割り当てることが可能となる。このような、個別の必要に応じた、業務の切り出しや業務量の調整を、合理的配慮として求め得るとすれば、雇用率制度の対象とならない障害者も含めてそうした配慮を受けることが可能になるため、雇用機会の増大も期待される<sup>1544</sup>。また、促進法は、障害者である労働者は、経済社会を構成する労働者の一員として、職業生活においてその能力を発揮する機会を与えられるという基本的理念を有している（3 条）。したがって、障害者の能力や適性に適合する業務が作られるとすれば、障害者の有する能力の有効な発揮へと繋がることが期待され<sup>1545</sup>、こうした措置は、法の趣旨に適うものといえる<sup>1546</sup>。

従来から、促進法の下では、そのような効果が期待されていたとしても、雇用関係についての質は問

---

<sup>1543</sup> 量的拡大を図る雇用率制度の存在によって、「「本質的な能力」の評価とは別の理屈でなされる雇用」が維持され、「公正な能力評価」の働かない事態が生じ得る。その結果、「「本質的な能力」の平等な発揮を可能にするとともに、その根本的な変更や免除まで要求しないという合理的配慮の適用基準が、うまく当てはまらない」状況が生じていることが指摘されている（星加 良司・前掲注 240, 103 頁）。

<sup>1544</sup> たとえば、障害者トライアル雇用、発達障害者・難治性疾患患者雇用開発助成金などの利用を契機として、雇用率制度の対象ではない障害者を雇入れた場合に、当該障害者にとっての適職を見つけ、配置することで、より雇用継続の可能性が高まると考えられる。適職配置による能力発揮は、労働者と使用者双方の利益につながるであろう。

<sup>1545</sup> 朝日 雅也ほか編・前掲注 244, 58 頁。障害者雇用においても、能力開発の視点は重要であり、異動や職種の変更は、スキルアップにつながる機会とされる。

<sup>1546</sup> 厚労省職業安定局雇用開発部「平成 28 年度 障害者の雇用の促進等に関する法律に基づく企業名公表等について」（2017 年 3 月 31 日）では、企業名の公表に至った企業の障害者雇用が進まない理由を、「障害者の雇入れに向けた求人条件や職務の見直しが十分でないため」としている。「求人条件や職務の見直し」等を行って雇用されている障害者がいることを示している。



われず、雇用の量の拡大に重点が置かれていた<sup>1547</sup>。そのため、障害者である労働者に対して、一般労働法の下での労働者としての保護がなされるだけであった。これに対し、新たに差別禁止と合理的配慮義務が規定されたことで、障害者でない労働者と同等の職務を行なっているにもかかわらず、障害者であることを理由に均等な待遇がなされていないことが差別とされたり、そうした均等待遇は難しいものの、合理的配慮として、障害者の能力や適性等に応じた適職への配置が行われたりするならば、雇用関係の質の改善につながることを期待される。

以上のことを踏まえると、均等待遇の確保が難しい状況にある障害者に対して、雇用促進的配慮を提供することが、能力の有効な発揮につながるという点で有用で、法の趣旨に合うものであると導くことができる。

ちなみに、一般労働法では、使用者に個々の労働者の能力や適性に合わせて適職に配置する義務はないものの、適職配置は障害者だけではなく、使用者にとっても有益である。そのような観点から、M. Stein の議論を参考にすると、日本では、使用者に障害者を雇用する義務が課されているため、当該義務を履行するだけでも、使用者は法の遵守による利益を得ることになる<sup>1548</sup>。さらに、個別の状況に応じて、障害者である労働者に対して適性にあった業務を与えたり、業務量を調整したりすれば、生産性を向上させられるため、使用者は労働者からの労働による利益を受けることもできる。また、障害者でない者を雇用した方がより高い利益を得られると見込まれる場合であっても、障害者でない者を雇用できないなど、人材不足に悩む使用者にとって、一部でも業務を遂行できる障害者を雇用することが利益につながることもある。そのような観点からは、雇用促進的配慮によって能力の有効な発揮に支障となっている事情を改善することで、障害者である労働者の生産性を向上させることは、使用者にとっても利益になることである。

#### c) 雇用促進的配慮の提供義務の範囲

上述したように、日本の障害者の雇用環境を考慮すると、「雇用促進的配慮」が求められる理由があり、平等取扱いを困難にするとしても、それでも、法の趣旨にのっとったものが存在し得る。そこで、以下では、雇用促進的配慮の提供が使用者にどこまで求められるかを検討する。

特に、募集、採用時に「雇用促進的配慮」を提供するということは、募集している職務の本質的機能を免除、変更し、それに合わせた選考することを意味する。ということは、障害者である応募者の能力や適性に応じて、使用者が設定した採用基準を変えることになる。一般労働法の下では、使用者が事業

---

<sup>1547</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 342 頁。本書では、「量の拡大」も「質の拡大」も重要であるものの、政策としては「量の拡大」に重点を置き、障害者の採用が進めば、雇用管理のあり方も考えざるを得なくなるため、結果として「質の拡大」につながるという考え方が示されている。これまでは、こうした考え方の下で、使用者に障害者を雇用する義務を課し「量の拡大」を進めてきたといえる。

<sup>1548</sup> 第3章「7 (5) (イ) 社会的に効率的配慮 (Socially Efficient Accommodations)」参考。

運営のために誰をどのような条件で雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由に行う裁量権を有しているとされる<sup>1549</sup>。したがって、原則的には、応募者から採用条件等を変えるよう要望されても、それを検討する必要はない。ただし、促進法改正により差別禁止規定と合理的配慮の提供義務が導入されたことから、当該規定が、採用の自由に対する立法規制として、採用の自由を制約するのかどうかを検討する必要が生じている<sup>1550</sup>。

促進法では、差別禁止規定も合理的配慮の提供義務を定める規定も、募集及び採用時と採用後で条文が分かれている。均等法でも同じ形式が取られており、募集及び採用時の性別による差別の禁止（5条）と採用後の差別の禁止（6条）は別に設けられている。

促進法では、募集、採用にあたって、障害者であることを理由に均等な機会を与えないことを禁止している（34条）。障害者であることを理由に、その対象から障害者を排除すること、その条件を障害者に対してのみ不利なものとすることは、差別禁止規定に抵触する（差別指針第3, 1(2)）。また、募集、採用時にも、障害者と障害者でない者との均等な機会の確保の支障となっている事情を改善するため、合理的配慮の提供が使用者に課されている（促進法36条の2）。

使用者の採用の自由は、企業の経営活動、営業の一環として、憲法上の根拠（22条・29条）をもとに、法律その他による特別の制限がない限り認められるとされる<sup>1551</sup>。しかし、当事者間の契約締結の自由も、経済的・社会的な格差を是正するという観点から制限されることもあり、労働契約もこれに該当し得るとする見解もある<sup>1552</sup>。

従来、採用の自由を制限する法規制に当たると考えられてきたのは、均等法の性差別の禁止（5条）と間接差別の禁止（7条）、雇用対策法における年齢差別の禁止（10条）、その他、高齢者雇用安定法の継続雇用（9条）、促進法の雇用義務（37条）などである<sup>1553</sup>。

採用の自由の制約原理としては、憲法14条の平等取扱原則が挙げられる。採用過程での、性別や年

---

<sup>1549</sup> 三菱樹脂事件・前掲注1405。労基法3条は、雇入れ後における労働条件についての制限で、雇入れそのものを制約する規定ではない、使用者の採用の自由は、「法律その他による特別の制限のない限り」で認められるとされた。

<sup>1550</sup> 前掲注1534参照。近年の立法政策では、採用の自由への制限は飛躍的に強められているとされ、立法規制の進展として、促進法の差別禁止、合理的配慮の提供義務も挙げられている（菅野 和夫・前掲注1472, 215頁）。

<sup>1551</sup> 三菱樹脂事件・前掲注1405。鎌田 耕一「労働法における契約締結の強制」山田 省三ほか編『毛塚勝利先生古希記念 労働法理論変革への模索』（信山社、2015）541-542頁。

<sup>1552</sup> 大内 伸哉「雇用強制についての法理論的研究」荒木 尚志ほか編『労働法学の展望 菅野和夫先生古希記念論集』（有斐閣、2013）96-98頁。

<sup>1553</sup> 和田 肇『人権保障と労働法』（日本評論社、2008）13-15頁。しかし、高齢者雇用安定法9条については、津田電器計器事件（最一小判平24年11月29日労判1064号13頁）で、定年により一旦雇用関係が終了し、労働者側の再雇用申込みを使用者側が拒否したことについて、新たな契約締結の申込みの拒否ではなく、既存の雇用関係の終了事案と捉えて解雇権濫用法理を類推適用して判示している。

年齢といった属性に基づく差別を規制する規定や法理は、憲法 14 条の平等取扱原則に基づいた立法政策より導出され、採用の自由を一定限度で制限している<sup>1554</sup>。均等法の性別を理由とする差別禁止規定も、憲法 14 条に根拠を持つとされ、それに基づく立法政策において、女性に対する採用差別を禁止することで、女性の雇用促進を目指したとされる<sup>1555</sup>。

これらの採用の自由を制限する法規制は、最終段階である労働契約の締結を強制するものではなく、日本の立法政策では、採用強制という制裁手法は導入されていない<sup>1556</sup>。そのため、平等取扱原則からの制約があっても、採用強制まで認められないことから、採用の自由の根幹は維持されていると解されている<sup>1557</sup>。このように、採用強制が否定される範囲であれば、「差別禁止という規範的な事由」や、それによってもたらされ得る労働市場の中での弱者層の「雇用促進」は、採用の自由の制約を正当化できる根拠になり得るとされる<sup>1558</sup>。なお、そのような観点からは、労基法 3 条に関しても、労働契約の締結過程における相手方選択の自由が重視され、採用自体は含まれないという通説に対して、採用強制を行わないのであれば、「労基法 3 条が採用段階に及ばないとするには十分ではない」とする見解もある<sup>1559</sup>。

これらを踏まえ、促進法の下では、均等な機会の付与を義務づけ（34 条）、障害者であることを理由とする差別を禁止していることからすると、当該規定は、均等法と同じく、採用の自由を制約するものと考えられる。また、障害者と障害者でない者との均等な機会の付与が、採用の自由よりも優先されることを前提とすると、均等な機会の確保と一体的に運用される「雇用平等的配慮」の提供も義務づけられると考えられる。

他方で、「雇用促進的配慮」は、使用者の設定した採用条件等の下での均等な機会の確保に資するものとはいえないので、上記の解釈から、促進法の合理的配慮規定の中でも、「雇用促進的配慮」に関しては、募集、採用時に提供義務があることを導出することはできない。

そのため、次に、雇用率制度における障害者雇用義務の性質をどのように考えるのかを参考にして、雇用促進という目的が採用の自由の例外に当たるのかどうかを検討し、そこから、促進法の趣旨にのっ

---

<sup>1554</sup> 菅野 和夫・前掲注 1472, 214 頁。

<sup>1555</sup> 大内 伸哉・前掲注 1552, 100-101 頁。雇用促進という政策目的に、公序性の高い差別禁止規範に違反するという帰責性が付加されてこそ、採用の自由の制約も正当化されるとしている。

<sup>1556</sup> 和田 肇・前掲注 1553, 13-14 頁。現実的には雇入れ段階での差別の方が深刻であるとしても、実定法規がないため、不法行為としての損害賠償請求もよほど限られた場合に可能とされる程度で、契約の成立自体の確認判決など、法的な救済を求めること自体が難しいと指摘されている。

<sup>1557</sup> 大内 伸哉・前掲注 1552, 99-100 頁。

<sup>1558</sup> 大内 伸哉・同上, 100 頁。

<sup>1559</sup> 和田 肇・前掲注 1553, 15-16 頁。労基法 3 条の解釈としては、三菱樹脂事件（前掲注 1405）と同様の、同条の労働条件は雇入れ後のものをいい、採用自体は含まないとする否定説が通説とされている。

とった「雇用促進的配慮」であれば、その目的達成（雇用促進）において、採用の自由よりも優先され得るのかどうかを考える。

採用の自由を制約することを正当化する根拠として、上記で挙げた「差別該当性」と「雇用促進」の2つは同等ではなく、特に「雇用促進」は、それだけで制約を正当化できず、差別禁止という規範的根拠を伴う必要があるとされている<sup>1560</sup>。促進法の障害者雇用義務（38条1項、43条1項）は、法が禁止する差別には該当しないものの、公序性の高い差別禁止に反するという帰責性が伴うものではない。ただし、促進法の下での障害者雇用義務は、使用者が労働者を採用するにあたっての選択の自由を一定限度で制限するという点で、採用の自由を制約するものであり<sup>1561</sup>、その意味で、雇用促進は、直ちに採用の自由の例外には当たらないとはいえないと考えられる。

促進法の雇用義務は、使用者が雇い入れる人数を決定する自由を制限するものではなく、この人数決定の自由を前提とした上で、「決定された人数の中の一定割合を障害者で充てるべき旨の要請」と位置づけられる<sup>1562</sup>。使用者側に行政指導に応じる義務はあっても、使用者に特定の障害者からの個々の申出に応じるよう求める義務ではない。雇用義務違反に対しても、あくまで納付金の徴収や改善指導、企業名の公表という形であり、事業主に特定の障害者の雇用を強制するものではない。

また、これまでの雇用率制度の運用から見ても、個々の障害者との関係では採用の自由を制約しない形を取っている。たとえば、使用者が雇用義務を果たすために、特定の業務について障害者枠を設け、障害者専用の募集、採用を行う場合でも、特定の個人について、業務への適性や本人の就労意欲等を確認しながら、自由に選考することができる<sup>1563</sup>。採用前実習などを通じてジョブ・マッチングが図られることもあるが、それも、募集、採用のプロセスの一環というよりも研修という意味合いが強いものである<sup>1564</sup>。特例子会社等の集団雇用では、特定の障害種別に対して一定程度、職務内容や職場環境が調整されているとしても、それ以外の障害種別には配慮されていないこともある。促進法34条を障害者と障害者でない者との間の機会均等のみが求められると解釈するならば、特定の障害種別を他の障害種別よりも優先的に雇用することは、法が禁止する差別に該当しないという解釈がなされ得る（解釈通知第2,1ホ）。さらに、雇用率制度と差別禁止規定とは、障害者のみを対象とする求人は障害者にとって有利に働くもので、法が禁止する差別に当たらないと解釈することで共存関係が成り立っていると考え

<sup>1560</sup> 大内 伸哉・前掲注 1552, 101 頁。

<sup>1561</sup> 菅野 和夫・前掲注 1472, 216-217 頁。

<sup>1562</sup> 菅野 和夫・同上, 214-215 頁。本書では、採用の自由の内容を、「雇入れ人数決定の自由」「募集方法の自由」「選択の自由」の3つに分類しており、「雇入れ人数決定の自由」に関しては、促進法の雇用義務を含め、この自由を制限する法規制はないとしている。

<sup>1563</sup> 眞保 智子・前掲注 242, 100-102 頁。本書では、業務との関連以外でも、障害者である応募者の健康状態の管理、意欲・志望動機、生活リズム、価値観（職業意識）等が選考のポイントとして挙げられている。

<sup>1564</sup> 朝日 雅也ほか編・前掲注 244, 169, 173 頁。

られるため（差別指針第 3, 14 イ，解釈通知第 2, 2(16)イ），これによって，使用者は制度の対象とならない障害者を，障害者専用求人の対象から除外することができる。

これらを踏まえると，雇用義務は採用の自由の例外にならないことから，その目的達成の効果（雇用促進）も，採用の自由を制約するものではないと導出できるであろう。すなわち，機会均等の付与が採用の自由よりも優先されるのとは異なり，雇用促進という目的だけでは，採用の自由を制約できないといえる。このことから，合理的配慮義務の中でも「雇用促進的配慮」の目的・効果が，機会均等ではなく雇用促進である以上，採用の自由よりも優先されるものではないと考えられる。したがって，募集，採用の時点では，障害者である応募者に対して「雇用促進的配慮」を提供する義務はないと考えられる。

以上のことから，原則的に，採用の自由が認められている中で，法律その他による制限として，促進法では，障害者と障害者でない者との均等な機会の付与，及び，それを確保するための雇用平等的配慮の提供義務が該当する。一方で，障害者の雇用義務も，労働者採用にあたっての選択の自由を一定限度で制限しているとはいえ，上述したように，雇用促進という目的だけで，均等な機会の付与と同等に，採用の自由を制約することはできない。雇用促進という目的が，採用の自由の例外に当たるとはいえないのであれば，募集，採用には，採用基準の本質変更や，採用後に予定されている業務の本質的機能を変えるような「雇用促進的配慮」が要請されたとしても，その目的が雇用促進である限り，過重な負担となるか否かにかかわらず，提供義務の範囲に含まれないと考えられる。

次に，募集，採用時には雇用平等的配慮の提供だけでよく，採用後は雇用促進的配慮の提供も義務づけられると考えられるが，このことを，促進法 36 条の 2 と 36 条の 3 の合理的配慮規定の文言の違いを踏まえた条文解釈という形で具体的に示すことにする。

促進法で定めている募集，採用時の合理的配慮（36 条の 2）は，「障害者と障害者でない者との均等な機会の確保の支障となっている事情を改善するため，労働者の募集及び採用に当たり障害者からの申出により当該障害者の障害の特性に配慮した必要な措置」とされる。また，採用後の合理的配慮は別に規定されており（36 条の 3），「障害者である労働者について，障害者でない労働者との均等な待遇の確保又は障害者である労働者の有する能力の有効な発揮の支障となっている事情を改善するために講ずるその障害者である労働者の障害の特性に配慮した職務の円滑な遂行に必要な施設の整備，援助を行う者の配置その他の必要な措置」とされている。ただし，いずれも，使用者に「過重な負担」を及ぼす場合には，当該措置を講じる義務を負わない。

募集，採用時の「均等な機会の確保」，採用後の「均等な待遇の確保」という文言が意図しているのは，障害者と障害者との間の平等を実現するため配慮であり，その点は共通していると考えられる。一方で，募集，採用時と採用後の合理的配慮規定の大きな違いとしては，障害者からの「申出」が必要か

否か、「能力の有効な発揮」を含むか否かが挙げられる。

「能力の有効な発揮」が含まれていない募集、採用時は、明文化された「均等な機会の確保」に資する措置を行えば、配慮義務に欠けることはなく、「能力の有効な発揮」のために、採用条件の本質を変更したり、募集している職務が予定している本質的機能を免除、変更したりする「雇用促進的配慮」の提供は義務づけられていないと考えられる。他方、採用後は、「均等な待遇の確保」に加え、「能力の有効な発揮」が含まれていることから、すでに雇用関係にある障害者に対しては、均等待遇を確保する以上の、「雇用促進的配慮」の提供が求められるという同様の解釈を条文からも導くことができる。

一方で、「能力の有効な発揮」は、促進法が否定するものではなく、条文で明記されていないからというだけで、同法では、そのような配慮が求められないと導くことはできない。また、障害者と障害者でない者との間の均等な機会の確保を広く捉えた場合、労働市場全体で、障害者の雇用機会は障害者でない者よりも少ないのは、障害者でない者向けにデザインされた業務が中心となっていることが考えられる。予定されている業務の本質的機能を免除、変更することになっても、障害者自身の能力や適性にあった業務を切り出し、「能力の有効な発揮」に資するような「雇用促進的配慮」が、労働市場全体をみたときの雇用機会の均等につながると捉えることができるのではないだろうか<sup>1565</sup>。

障害者雇用における実践の中には、既存業務を切片化したり、周辺業務を洗い出したりして、いかに障害者が担う業務を作り出し、雇用義務を果たすかに重点を置いた説明がなされることがある<sup>1566</sup>。しかし、これらは、あくまで、雇用義務の履行を前提とした取組みである。また、使用者が間接差別にあたるような採用条件等を設けることは問題であるものの、そうではない場合、使用者の設定した条件等を前提として、均等な機会の付与が求められていると考えられる。労働市場全体での均等な雇用機会の付与が求められているわけではない。均等な機会の付与が使用者の採用の自由を制限するとしても、労働市場全体における不均衡を是正するため、個々の使用者に障害者と障害者でない者との雇用機会が均等となるよう、障害者向けの業務を作ることが求められているわけではない。

そのような観点からも、本稿では、条文の通り、募集、採用時には、「均等な機会の確保の支障となっている事情」を改善するための「雇用平等的配慮」のみ提供義務があるとするのが適当であると考えている。一方で、採用後は、「均等な待遇の確保」に限らず、「能力の有効な発揮」の支障となっている事情を改善することも求められているということは、「雇用促進的配慮」の提供の具体的な有効性を意味していると考えられる。

---

<sup>1565</sup> 朝日 雅也ほか編・同上、31-32頁。雇用率制度は、障害者を何人雇用するかに関心を持つのに対し、合理的配慮義務は採用そのものを求めるものではなく、採用されようとする障害者の能力や特徴を適切に考慮した対応を事業主に義務づける点で明確に異なるとされる。そして、両者の視点から、障害者の募集、採用のあり方を考える必要があるとしている。

<sup>1566</sup> 眞保 智子・前掲注242、91-95頁、朝日 雅也ほか編・同上、173-176頁。

ただし、すでに雇用関係にある障害者に対する「雇用促進的配慮」は、「能力の有効な発揮」に資するもので、かつ、「職務の円滑な遂行に必要な措置」であることを満たす範囲で、提供が義務づけられると考えられる。条文から、合理的配慮の効果として、「均等な待遇の確保の支障となっている事情」を改善するものでないとするれば、労働者の「能力の有効な発揮の支障となっている事情」を改善するものであることが求められると考えられる。さらに、36条の3では、具体的に「職務の円滑な遂行に必要な施設の整備、援助を行う者の配置その他の必要な措置」と明記されている。このことから、「雇用促進的配慮」の内容は「職務の円滑な遂行に必要な」範囲に限定されられると考えられる。なお、特定の合理的配慮が法の射程範囲に含まれると解されたとしても、使用者にとって過重な負担となる場合には、当該義務の履行は免除される。これらを踏まえると、たとえ職務の本質的機能を免除、変更するとしても、採用後の合理的配慮として、上記のような限定された範囲で「雇用促進的配慮」が提供されるべきという解釈を否定することはないと考えられる。

また、このように本稿で示した条文解釈と、配慮指針等の行政解釈で示された内容は、整合的なものとして理解できると考えている。

配慮指針では、より具体的に、合理的配慮の手続きが示されている。このような手続きは、「雇用促進的配慮」を検討する上でも重視すべきである。

募集、採用時は、支障となっている事情が明らかになっている場合を除き、基本的には障害者からの「申出」を必要とする（配慮指針第3,1(1)）。障害者が希望する措置の内容を具体的に申し出ることが困難な場合は、募集、採用時、または、採用後にかかわらず、支障となっている事情を明らかにすることで足りるとされている。募集、採用時に申出を必要としているのは、どのような障害特性を有する障害者から応募があるか分からずどのような配慮が必要か不明確であるためとしている（解釈通知第3,1ロ）。なお、募集、採用時には、「相互理解の観点から」、合理的配慮の提供があれば応募条件を満たすと考えられる場合、その旨を事業主に説明することも重要であることが示されている（差別指針第3,1(4)、解釈通知第2,2(3)へ）。

一方で、採用後は、このような「申出」を必要とせず、使用者は、労働者が障害者であることを知った時点から、合理的配慮の必要について確認することが求められる（配慮指針第3,2(1)）。すでに雇用契約を締結している障害者である労働者の状況はある程度は把握可能であるため、採用後は申出がなくても、どのような合理的配慮を提供すべきか当該労働者との間で調整することが可能であると考えられている（解釈通知第3,1ハ）なお、すでに雇用関係にある障害者の中には、採用時から障害者であることを使用者が把握していた者だけではなく、障害があることを明らかにしていなかった者、中途障害を負った者など様々であり、個別多様なニーズがあると想定される。障害の状態や職場の状況が変化することもあるため、必要に応じて定期的に職場において支障となっている事情の有無を確認すること

が使用者に求められる（配慮指針第 3, 2(1)）。また、使用者側からの確認を待たずに、障害者側から自ら職場において支障となっている事情を申し出ることにも可能である（同上）。

いずれの場面でも、支障となっている事情が確認された場合には、事業者と障害者との間で「合理的配慮に係る措置内容に関する話し合い」が求められ、障害者本人の意向を踏まえ、当事者間で相談しながら講ずべき措置を特定するという手続きを踏むことになる（配慮指針第 3, 1(2), 同第 3, 2(2)）。ちなみに、合理的配慮の検討、実施に際しては、障害者の意向を十分に尊重した上で、より提供しやすい措置を講ずることは差し支えなく、障害者が希望する措置が過重な負担であると判断したならば、障害者との話し合いの下、障害者の意向を十分に尊重した上で、過重な負担にならない範囲の配慮を検討、実施することが求められる（同第 3, 1(3), 同第 3, 2(3)）。

基本的には、話し合いのプロセスの中で、具体的な内容が決定されるとはいえ、募集、採用時には、特定の応募条件を前提にした均等な機会の付与が求められていると考えられる。差別禁止の観点からみても、募集に際して一定の能力を有することを条件とすることは、業務遂行上特に必要なものと認められる場合には許容される（差別指針第 3, 1(3)）。また、合理的配慮を提供した上で「労働能力等」を基準に適正に評価した結果、誰を採用するかを決定するならば、障害者である応募者が不採用になったとしても、差別には当たらないと考えられる（同第 14 ロ）。つまり、選考においては、合理的配慮を提供した上での「労働能力等」に基づく適正な評価による判断が求められている（同第 3(4)）。募集、採用時の、「障害者と障害者でない者との均等な機会の確保の支障となっている事情」の例示でも、「視覚障害により通常の書面のみの筆記試験に支障があることや、聴覚障害により口頭による面接試験に支障があること」（解釈通知第 3, 1 イ）が挙げられており、特定の応募条件を前提にして、その上での均等な機会の確保に焦点が当てられているといえる。

これを受けて、行政解釈からも、募集、採用時には、特定の応募条件を個々の申出に応じて調整するような「雇用促進的配慮」は求められず、あくまで当該条件を前提として、均等な機会の付与が求められているといえる。

一方で、採用後の合理的配慮について、配慮指針では、「職務の円滑な遂行に必要な措置」であるとされている（第 4, 1(2)）。したがって、重要な職務を遂行できない場合に職務を継続させることは必要ない。ただし、その場合でも、別の職務への配置など他の配慮の検討は必要とされる（同第 4, 1(2) ロ）。すなわち、この「職務の円滑な遂行に必要」という場合の「職務」は、障害者である労働者が就いている職務を想定してはいるものの、その他の職務も含み得ると解釈できる。また、採用後の合理的配慮によって改善されるべき「能力の有効な発揮の支障となっている事情」とは、「障害者である労働者が、障害があることにより、職務を遂行する上で支障となっている事情」とされている（解釈通知第 3, 1 ニ）。



他方、事業活動への影響の程度、実現困難度、費用・負担の程度、企業の規模、企業の財務状況、公的支援の有無等の考慮要素を総合的に勘案して、合理的配慮が使用者に過重な負担を及ぼす場合には、提供義務は免除される（配慮指針第 5, 1）。ただし、合理的配慮にかかる手続きとしては、障害者から申出のあった具体的な措置が過重な負担に当たると判断した場合、使用者は、当該措置が実施できないことを当該障害者に伝えたとともに、話し合いを行い、その意向を十分に尊重した上で、過重にならない範囲で合理的配慮を提供することが求められている（同第 3, 2(3), 第 5, 2）。

これらを受けて、合理的配慮にかかる話し合いの手続きの中で、障害者である労働者の意向を十分に尊重し、また、過重な負担を及ぼすと考えられる場合には代替措置の検討を含め、どのような措置を講じるべきかを特定することが求められており、その内容としては、障害者である労働者の有する能力を有効に発揮するため、（いずれかの）職務の円滑な遂行に必要な措置である範囲に限られていると解釈できる。つまり、この範囲に限定される採用後の「雇用促進的配慮」の提供は、法的義務として課されているという本稿の解釈は、行政解釈とも不整合を起こさないといえる。

ちなみに、雇入れの時点から障害者であることが判明していた場合、ジョブ・マッチングが行われていたとしても、選択できる業務の幅が「障害者枠」という形で限られていることがある。多数の障害者を雇用するために、同じ障害特性の障害者を集中的に雇用している環境や、障害者でない者には高度な業務に専念させ、軽易な業務や周辺業務を障害者にさせるといった場合には、採用の時点から、障害者用に設定している業務が限られているという点で、十分に能力が発揮できていないことが考えられる。それは、能力の有効な発揮に支障をきたしている事情と捉えられるため、それを改善することも「雇用促進的配慮」に入ると考えられる。また、障害特性ごとに配慮内容が例示されるなど、障害特性を理解することが合理的配慮の場面で重視されるところはあるものの、支障となっている事情を改善することに焦点を当てて考慮することが重要である<sup>1567</sup>。

### ③ 合理的配慮と解雇制限－合理的配慮規定と一般労働法との関係

ここでは、「雇用促進的配慮」の提供義務と一般労働法の下での労働契約上の配慮義務との関係について確認する。本稿では、促進法の差別禁止規定と合理的配慮の提供義務が導入されたことで、労働者が障害者である場合には、解雇や雇止めの可能性が生じている場面で、特別な考慮が必要となることを指摘している（本節（1）（イ））。これについて、本項（ウ）①b）では、「雇用平等的配慮」が提

<sup>1567</sup> 眞保 智子・前掲注 242, 114-153 頁では、障害特性ごとにどのような配慮が実際になされているのかが紹介されている。また、朝日 雅也ほか編・前掲注 244, 74-167 頁では、いわゆる機能障害の説明が多く、障害特性に注目して配慮が説明されている。しかし、問題は障害特性と職場の社会的障壁に基づくものであることを認識した上で、支障となっている事情を改善するために、話し合う必要がある（社会的障壁の除去が合理的配慮の構成要素になることについて、川島 聡・前掲注 179, 49-50 頁）。

供されることで障害者である労働者が「労働能力等」を満たせるようになり、一般労働法の下での判断がこれまでと変わる可能性について確認した。

さらに、本項（ウ）②で、すでに雇用関係にある障害者に対しては、「雇用促進的配慮」の提供義務があることを示したことから、ここでは、解雇や雇止めの可能性が生じている場面での「雇用促進的配慮」について検討し、一般労働法の下での解雇回避措置との関係も明らかにする<sup>1568</sup>。

a) 解雇や雇止めの場面における「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の関係

まずは、具体的な検討に入る前に、解雇や雇止めの可能性が生じている場面での、「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の関係について説明する。解雇や雇止めの場面では、特に労働法のルールの影響を受けて、求められる「労働能力等」が募集や採用の時点よりも低めに設定されることもあるため、このことを踏まえた「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」との切り分けを確認する。

本項（イ）で示したように、障害者である労働者が「雇用平等的配慮」だけでは、解雇されないために必要な「労働能力等」を満たせない場合に、次に「雇用促進的配慮」が検討されると考えている。

ただし、①b)でも指摘したように、解雇されないために必要な「労働能力等」は、解雇回避措置による影響も含め、募集や採用の場面で求められるものと同じとは限らない。日本では、一般に職務無限定の労働契約の場合、労働者が就いていた従前の職務に限らず、現実的可能性のある別の職務への配置も含めて、解雇されないために必要な「労働能力等」が考えられる。また、休職から復帰した労働者には、一時的に、従前の業務を行えるようになるまで、軽易業務を与えることもある。軽易業務に就かせるなどの措置については、労働者の回復の見込み、また、別の業務への現実的配置可能性については、事業者の規模や配置転換の実績の有無、労働者の職務能力等が考慮されてきた<sup>1569</sup>。さらに、使用者は、労働者にとって働きやすい職場環境を保つように配慮すべき義務を負うとされる<sup>1570</sup>。特に、心の健康問題により休職した労働者の場合、従前の職務が遂行できるとしても、異動や配置転換を行った方がよい場合には、個別の状況に応じた対応が求められる<sup>1571</sup>。

<sup>1568</sup> 本節（1）（イ）参照。解雇や雇止めの可能性が生じる前から、採用後の合理的配慮は提供されているものと考えられるが、しかし、個々の事例を見ると、労働者の解雇、雇止め、休職期間満了による退職扱いが検討される段階で障害者であることが判明することも多い。使用者は、労働者が障害者であることを把握した時点で、労働者と必要な配慮について話し合いの機会を持つことが求められるため（配慮指針第3、2(1)ロ）、解雇回避努力と合理的配慮が同じ時期に検討されることが考えられる。

<sup>1569</sup> JR東海（退職）事件・前掲注220。「その企業の規模や社員の配置、異動の可能性、職務分担、変更の可能性から能力に応じた職務を分担させるべき」。東京エムケイ事件・前掲注209、「被告会社の事業規模であれば、他の職種を提供することは困難とは解されない」など。

<sup>1570</sup> 三重県厚生農協連合会病院セクシュアルハラスメント事件・津地判平9年11月5日労判729号54頁。

<sup>1571</sup> 厚労省中央労働災害防止協会「改訂 心の健康問題により休業した労働者の職場復帰支援の手引き」7頁（<http://www.mhlw.go.jp/new-info/kobetu/roudou/gyousei/anzen/dl/101004-1.pdf>, 2018/01/26 最終閲覧）。

採用の際に考えられる「本質的機能  $\alpha$ 」と比べると、解雇回避措置によって一部免除、変更され、「本質的機能  $\beta$ 」となることもある。その場合、解雇回避措置の効果は、障害者であるか否かにかかわらず、労働者に及ぶべきであるため、平等取扱いのベースとなる「労働能力等」を導く本質的機能は、解雇回避措置による影響を加味した「本質的機能  $\beta$ 」を用いることになる。

これまで、①b) の横浜市保健会事件を用いた最初の仮定では、昼食前までに、児童の歯口清掃検査をすべて終わらせることを「本質的機能」と設定し、これを「1時間あたり  $a$  人の児童の歯口清掃検査を的確に行うこと」とした。ここでは、これを「本質的機能  $\alpha$ 」と呼び、①b) ii の仮定では、「本質的機能  $\alpha$ 」を遂行する能力が求められるとする。

また、「雇用平等的配慮」については、配慮 A と配慮 B の 2 つが存在すると仮定し、配慮 A を行えば、原告は 1 時間あたり  $a++$  人 ( $a++>a$ ) の児童の歯口清掃検査が行える一方、配慮 B では、1 時間あたり  $b$  人 ( $b<a$ ) の児童の歯口清掃検査をこなすことが限界であるとしている。

これを受けて、「本質的機能  $\alpha$ 」を遂行する能力が求められる①b) ii の仮定の下では、「雇用平等的配慮」を提供した上で「労働能力等」を満たすには、配慮 A の提供が必要となる。仮に、配慮 A が過重な負担となると判断された場合、配慮 B だけでは「本質的機能  $\alpha$ 」を遂行する能力がないと判断され、解雇が有効となる。この際、第 2 段階として、「雇用促進的配慮」の提供が検討され得る。たとえば、「本質的機能  $\alpha$ 」を変更することになる、児童数の少ない学校へ割り当てるといった業務量の調整（もしくは軽易業務への配置）が、「雇用促進的配慮」として検討され得る。

一方で、①b) iii の仮定では、労働法のルールの影響を受けて、解雇がされないために必要となる「労働能力等」は、①b) ii で考えられていたものよりも低いものになるとし、本質的機能を、「1 時間あたり  $c$  人 ( $c\leq b<a$ ) の児童の歯口清掃検査を的確に行うこと」とした。ここでは、これを「本質的機能  $\beta$ 」とする。「本質的機能  $\beta$ 」を遂行する能力があれば良いとされる場合、上記の配慮 B の提供があれば、求められる「労働能力等」を満たす。したがって、「雇用平等的配慮」の検討だけで、解雇は無効となり、第 2 段階の「雇用促進的配慮」の検討は不要となる。

ちなみに、配置転換を考えた場合、従前の職務とは異なる職務に就かせるもので、求められる本質的機能は変化すると考えられる。しかし、本項（ウ）①c) で検討したように、本質的機能に複数の職務をこなすことが含まれているような正社員モデルを考えた場合、配置転換がなされて職務は変わったからといって、一律に本質的機能に変更されたことにはならない。一般労働法の下で、総合職正社員モデルでは、現実的に配置可能な職務として総合職レベルのものが想定されていると判断されるケースがあり、その意味では、総合職レベルであればたとえば営業部門から管理部門に異動したとしても、本質的機能が変わったとは捉えていない。

ただし、解雇回避措置のための配置転換で求められる能力が従前に求められていたものよりも低くなっている場合、それは本質的機能自体が「本質的機能  $\alpha$ 」から「本質的機能  $\beta$ 」に変わる、つまり「労働能力等」の設定が低くなると捉えている。この場合、障害者であるか否かにかかわらず、解雇回避措置は労働者に対して行われるので、「本質的機能  $\beta$ 」を遂行する能力が平等取扱いのベースとして求められる「労働能力等」となる。したがって、「雇用促進的配慮」は、「本質的機能  $\beta$ 」を免除、変更するような配慮が該当する。

b) 「雇用促進的配慮」と「解雇回避措置」との関係（一元論と二元論）

ここでは、合理的配慮義務と労働契約上の配慮義務との関係について検討し、「雇用促進的配慮」と「解雇回避措置」との関係を考える。

一般労働法の下で使用者に求められる労働契約上の配慮義務（広い意味で解雇回避措置を含む）は、個別の状況において、労働者の利益に資する行動を使用者に促すという意味で、合理的配慮義務と共通するところがある。そのような観点から、労働契約上の配慮義務の中でも、より障害に特化したものを合理的配慮と位置づける、一元論的な捉え方をするのか、それとは逆に、促進法上で規定された義務として独立していることを重視し、一般労働法の下での労働契約上の配慮義務や解雇回避措置とは異なる二元論的な捉え方をするのかで、提供義務の範囲が変わると考えられる。

一元論的に合理的配慮の提供義務を捉えると、労働契約上の配慮義務でも考慮される個別の状況について、より障害に焦点を当てて、障害者である労働者の利益に資するよう使用者が行うものとすることができる。ただ、一元論的な視点では、次にあげる整理解雇のような限られた場合を除いて、労働契約上の配慮義務を超えた負担は、使用者に求められないと考えられるため、自動的に合理的配慮も労働契約の変更を伴わない範囲に限定されることになる。

解雇回避措置として配置転換を考慮する際、一般労働法の視点からは、使用者の配転権の有無、すなわち、労働契約上の職務または勤務地限定の合意がないのかが重要な判断要素となる。整理解雇の際は、労働契約上の限定性が解雇回避努力の上限を設けることになることは望ましくないという考え方があり、契約上限定のある労働者に対して配置転換を含めた解雇回避措置が要請される場合がある。とはいえ、実際のところ、限定性から派生する職務能力等の限界等が相まって、結果として配転可能性がないとの結論に至ることもある<sup>1572</sup>。

一方、配慮の枠組みで配置転換を考えるとすれば、障害者である労働者の意向や個別の状況が尊重されると思われるものの、一元論的に捉えると、労働契約上の限定性が限界とならないのは、労働者の責めに追わない整理解雇のような場面に限られると考えられる。

<sup>1572</sup> 前掲注 1473 及び応答する本文参照。

これに対し、合理的配慮義務は、労働契約上の配慮義務（広い意味で解雇回避措置を含む）の拡張として捉えるのではなく、別の次元のものとして二元論的に捉えることも可能である。合理的配慮の提供義務は促進法で定められたものであり、合理的配慮と解雇回避措置では、その提供の可否を決める判断基準が法律上異なる。

本稿の比較検討では、雇用促進的配慮を、労働契約上の義務の本質的機能を一部免除、変更するものと位置づけており、二元論が適当という帰結になる。雇用促進的配慮は、労働契約の変更を伴うものと捉えているので、本稿では、あくまで合理的配慮義務と労働契約上の配慮義務は別次元のものと捉えた上で検討する。そのような前提で、一般労働法の下では、解雇回避措置として、労働契約の範囲を変えるようなものは基本的に求められてこなかったのに対して、合理的配慮としてどこまで求められ得るのかについて、改めて検討する必要があると考えている。

c) 解雇回避措置としては求められないものが「雇用促進的配慮」として求められるか

本稿では、合理的配慮義務は、促進法で規定されているものであり、一般労働法の下での労働契約上の配慮義務と二元論的に捉えるという視点から、労働契約の変更を伴うものが配慮として求められ得ると考えている<sup>1573</sup>。以下では、解雇や雇い止めの可能性が生じている場面での「雇用促進的配慮」の範囲を検討する。なお、次の d) では、労働契約の変更を伴うような雇用促進的配慮の提供にあたって、労働者の職務能力との関係など、より掘り下げて考慮すべき論点を挙げて、検討を行う。

障害の性質上、合理的配慮は、回復の見込みのある労働者へ一時的に提供されるものとは限らず、個別の状況によっては長期にわたり、もしくは、永続的に必要とする者もいると想定される。そのため、雇用維持のためには、軽易業務への割当てが一時的なものではなく永続的に必要となるような場合、促進法の下で求められる「雇用促進的配慮」としては、当該業務への配置を継続的に確保する義務があると考えられるのかどうか、さらには、そのような配慮を行わずに、一般労働法の下で求められる範囲の解雇回避措置を行えば、障害者である労働者の解雇や雇止めが行えるのかどうか問題となる。

たとえば、横浜市保健会事件の仮定でいえば、従前の職務では「本質的機能 α」（1 時間あたり a 人の児童の歯口清掃検査を的確に行うこと）が求められており、原告には長期的に「本質的機能 α」を遂行する能力がないと認められる場合、永続的に、原告が遂行可能な量の業務を提供することが求められるのであろうか。仮に、「本質的機能 β」（1 時間あたり c 人の児童の歯口清掃検査を的確に行うこと）であれば、原告も遂行可能であるとする。その場合、原告でも遂行可能な業務量に調整する措置

<sup>1573</sup> 促進法の合理的配慮として行われる別の職務に就かせる措置は、労働契約上職務無限定の場合に限らず、一般労働法の下での解雇回避措置よりも広く対象が検討され、個別の状況に応じて行われるという解釈もある。朝日 雅也ほか編・前掲注 244, 26 頁, 石崎 由希子・前掲注 168, 25-26 頁, 長谷川 珠子「判批」ジュリ 1503 号 (2017) 122 頁参考。

は、本来求められる「本質的機能 α」を変更してしまうことになるため、当該措置は「雇用促進的配慮」に当たる。この場合、当該措置は使用者にとって過重な負担とならない限り、提供義務を負うのであろうか。もしくは、当該配慮を行わず、「本質的機能 α」が遂行できないことを理由に、解雇は致し方ないと認められるのであろうか。

以下では、一般労働法の下での考え方を確認した後、解雇や雇止めの可能性が生じている場面での「雇用促進的配慮」の提供義務の範囲について、上記②で示した枠組みに従って検討する。

実際の横浜市保健会事件で、裁判所は、使用者側が長期にわたり休職、欠勤を認めていたことを考慮し、さらなる解雇回避措置の可能性を検討していない。仮に当初軽易な職務に就かせれば程なく従前の職務に復帰できる回復見込みがあり、それまでの間、一時的に業務量を調整するというものであったならば、それは労働契約上の配慮義務として求められたであろうと推測される。

一般労働法の下では、一時的に軽易業務に就かせるなどの措置を取らずに行った、早急な解雇や雇止めについては、無効と判断されるケースがみられる<sup>1574</sup>。次に挙げる例外もあるが、労働者に回復の見込みがあり、一時的に軽易業務に就かせれば、従前の職務に復帰できる場合、債務の本旨に従った労務の提供が可能であるとみなされる傾向にある<sup>1575</sup>。

日本では、特に、職務無限定の雇用管理の下で、軽易業務への一時的な配置の他、従前の職務への復帰が難しい場合でも、他の業務への配置が現実的に可能であれば、債務の本旨に従った労務の提供が可能と判断され得る。ただし、現実的配置可能性の判断には幅があり、軽易業務への配置を永続的に認めるような、JR 東海（退職）事件<sup>1576</sup>のような判断もある。地裁の判断ではあるものの、従前の業務が行えない労働者に対し、健常者と同じ密度と速度の労務提供を要求することは適切でないとされている。その上で、被告企業は、多岐にわたる事業を展開している大企業であることなども踏まえ、「雇用契約における信義則からすれば、使用者はその企業の規模や社員の配置、異動の可能性、職務分担、変更の可能性から能力に応じた職務を分担させる工夫」をすべきと判示されている。

日本の現実的配置可能性は、ADA 第 1 編の配置転換のように、既存のポジションに空きがあるかどうかを条件にしているわけではない<sup>1577</sup>。JR 東海事件は、雇用維持の要請が非常に強く現れている事例で

---

<sup>1574</sup> ただし、回復の見込みについては、個別の状況から判断される。単純業務もできず、半年後の回復の見込みも期待できないことなどから、「当初軽易な職務に就かせれば程なく従前の職務を通常に行うことができる」と予測できる場合とは解されない」とした独立行政法人 N 事件（前掲注 1463）の判断もある。

<sup>1575</sup> 本節（1）（イ）①b）参照。

<sup>1576</sup> 前掲注 220。

<sup>1577</sup> 東京エムケイ事件（前掲注 209）では、「被告会社の事業規模であれば、他の職種を提供することは困難とは解されず、被告会社には他に様々な職種がある」とされ、片山組事件（前掲注 205）では、「労働者の能力、経験、地位、企業の規模、業種、労働者の配置・異動の実情や難易度等に照らし」現実的に配置可能な業務があるかどうかで判断されている。

はあるものの、その他の判例でも、原告側が具体的に遂行可能な業務を特定している必要はなく、現実的配置可能性は、労働者の能力や職歴、雇用されている職位と待遇、これまでの配転の実績、事業の規模などが考慮される。

一般労働法の下での判断では、労働契約上の債務の本旨に従った労務の提供が可能か否かという点に注目されるため、労働者の状況に応じて業務量を調整すると、債務の本旨に従った労務の提供とはいえない状態に達する場合にも、雇用維持が求められるような事例はみられない。従前の職務を通常程度に行えるようになる回復見込みがない場合、もしくは、別の現実的配置可能性のある職務がなければ、債務の本旨に従った労務の提供ができないと判断され、当該労働者の解雇はやむを得ないとされ得る

1578。

他方で、本質的機能の免除、変更を行う「雇用促進的配慮」の提供義務が、解雇や雇止めの場面で求められる場合を、本項（ウ）②で示した枠組みを用いて検討する。「雇用促進的配慮」としては、従前の職務を通常程度行えない状態であっても、たとえば、フルタイムを前提として考えていたものをパートタイム化する等を含め、提供が検討されるべきと考えている。

原則としては、「雇用促進的配慮」も、使用者と障害者との間の話合いの中で、障害者の意向を尊重しつつ、どのような措置を講ずべきかを決定することになる。ただし、「雇用促進的配慮」といえるには、障害者である労働者の「能力の有効な発揮」に資するもので、また、（いずれかの）「職務の円滑な遂行に必要な措置」に限定され则认为している。たとえば、とりあえずの仕事を作って割り当てたとしても、事業上必要とされていない仕事であったり、障害者の能力や適性にあっていない仕事であったりした場合、障害者である労働者の能力を有効に発揮できているとはいえないので、そのような割り当ては、「雇用促進的配慮」に当たらない。

また、それまで従事していた仕事の量を減らすことが「雇用促進的配慮」であるというためには、「職務の円滑な遂行に必要な措置」であること、すなわち、「重要な職務」の遂行が可能でないのに職務を継続させているような場合に当てはまらないことが必要となる。この場合、「重要な職務」をどのように捉えるかによって判断が変わり得るものの、解釈通知では、「自動車等の運転の業務に従事していた者が交通事故により失明し、それまで従事していた自動車等の運転の業務を継続できない場合等」（第3, 2(4)ハ）が例示されていることからすれば、業務の範囲を相当程度減らすことが一概に重要な職務を遂行できないと判断されるわけではないと考えられる。

したがって、横浜保健会事件の仮定の下で、障害者である労働者と使用者との間の話し合いを経て、永続的に検査対象児童の数を減らす措置、すなわち、「本質的機能 $\alpha$ 」から「本質的機能 $\beta$ 」への変更を伴うような「雇用促進的配慮」は、その業務量であれば「職務を円滑に遂行」でき、その結果、原告

<sup>1578</sup> 独立行政法人N事件・前掲注1463など。

の有する「能力の有効な発揮」が可能となる場合、提供義務の範囲に含まれると考えられる。これまで一般労働法の下では、債務の本旨に従った労務といえない程に、業務量を減らし、雇用を維持することを要求するような事例はみられなかったものの、障害による長期にわたる制限を前提として、障害者の有する能力の有効な発揮の支障になっている事情を改善することが求められていることから、「雇用促進的配慮」としては、過重な負担でない限り、そのような労働契約の範囲を拡張し、契約変更を伴うような措置も提供義務があると考えられる。

ただし、促進法の下では、提供義務の範囲にあると考えられるものでも、そのような措置が使用者に過重な負担を及ぼすと判断される場合、当該措置の提供は免除される。その場合でも、使用者は過重な負担となることについて原告に説明しなければならず、原告（障害者である労働者）の意思を尊重して、再度、過重でない範囲での措置を検討することになる。一時的に行う措置に比べて、労働契約の変更を伴うような措置が永続的に求められることは、過重性が認められやすいと予想される。使用者にとって、そのような業務を当該労働者に割り当てるのが過重な負担か否かの判断は、事業活動への影響や実現困難度、費用・負担の程度、また、使用者側の要素である企業の規模や財務状況等、さらに、公的支援の有無といった考慮要素を総合的に勘案する必要がある（配慮指針第5）。そのため、事業の規模が大きい、財務状況が安定しているといった場合には、より雇用促進的配慮が求められることになるであろう。

他方で、仮に、障害者である労働者が、職場の支障となっている事情を申し出ているにもかかわらず、使用者が合理的配慮にかかる適正な手続きを拒否する場合には、第一には使用者が設ける苦情処理機関等での自主的な解決が求められるが（促進法74条の4）、それでは解決しない場合、当該労働者（当該紛争の当事者の一方）は、都道府県労働局長に対し、その解決につき援助を求めることができる（同法74条の5）。都道府県労働局長は、当該紛争の当事者に対し、必要な助言、指導、勧告をすることができ（同法74条の6）、当該紛争の当事者の双方または一方から調停の申請があった際には、紛争調整委員会に調停を行わせることができる（同法76条の7）。障害者である労働者は、話し合いそのものを拒否されたり、もしくは、使用者側が過重な負担となることの説明なく、当該労働者が申し出た配慮を拒否したりするような場合、このような制度を利用し、紛争の解決をはかることが可能である。ただし、解雇や雇止めの可能性が生じている場面で、合理的配慮にかかる話し合いが拒否されるとすれば、横浜市保健会事件のように、復職できないと判断され、雇用終了の手続きがなされる可能性が高い。その場合には、障害者が申し出ているにもかかわらず、合理的配慮にかかる手続きを経ずになされた解雇について、上記の個別紛争解決促進法の特例（促進法74条の5）を利用する他、民事訴訟で、解雇権の濫用、公序良俗、不法行為の有無等を争うことになる。



次に、「雇用促進的配慮」の枠組みで、リハビリ入社（勤務）についても検討したい。障害者である労働者からリハビリ入社を希望する旨、合理的配慮として要請があった場合を考える。リハビリ入社は、休職中の労働者が復職を想定しながら行う位置づけで、リハビリ勤務中に行われる内容も、個別の状況に応じて様々である。当該期間中、労働契約上の債務の本旨に従った労務を提供していると認められるわけではない<sup>1579</sup>。回復見込みのある労働者に対して、一時的に軽易業務に就かせるような措置をしている場合でも、債務の本旨に従った労務の提供とみなされることがあり、一時的な軽易業務が時短勤務という形で提供される場合、リハビリ入社との線引きは難しい。ただし、労働契約上の債務の本旨に従った労務の提供があるとされた場合、休職事由の消滅とともに復職が認められるところ、一方のリハビリ勤務では、債務の本旨に従った労務の提供、すなわち、本質的機能の遂行を求めているという点で、リハビリ入社を「雇用促進的配慮」として扱うのが適当であると考えている。そのため、本稿では、リハビリ入社を復職前（休職事由の消滅前）になされるものとして、「雇用促進的配慮」と位置づけて検討する。

なお、リハビリ入社をそのように位置づけるとしても、復職後に当該労働者が一律に「雇用促進的配慮」を必要とするというわけではない。上述の例示のように、業務量を調整するなど、本質的機能の免除、変更を伴う形で就労する、つまり、復職後に「雇用促進的配慮」の提供を必要とする場合も考えられるが、一方で、復職後に「雇用平等的配慮」があれば、従前の職務での労務提供が可能な場合もあると考えられる。

休職中の労働者が復職前に行うリハビリ入社は、労働契約上、使用者に提供が義務づけられているものとはいえない<sup>1580</sup>。リハビリ入社や時短勤務から復帰するような仕組みを設けず、フルタイム勤務が可能な状態に回復してから復職を求める職場もある<sup>1581</sup>。そのようなリハビリ入社の仕組みを設けていない職場でも、障害者である労働者の意向として、申出があった場合には、個別の必要に応じた調整が必要であると考えている。

合理的配慮義務では、使用者と労働者の間の話し合いを設けること、さらに、労働者の意向を尊重して、講ずべき配慮を決定することが求められている。従来から、休職していた労働者が復職する際には、復職プログラムに基づき面談が行われるなど、個別に対話がなされることもあるが、合理的配慮で

---

<sup>1579</sup> 綜企画設計事件・東京地判平 28 年 9 月 28 日労経速 2304 号 3 頁。リハビリ出勤（試し出勤）は、原告の復職を直ちに認めるということではなく、その可否を審査するため、休職期間の延長する意思であったと解するのが合理的であるとされている。

<sup>1580</sup> リハビリ勤務の制度は使用者が独自に設けるものであり、治療の一環であるのか、労務の提供なのかについても明確ではない。また、使用者にリハビリ勤務を提供する義務はないとされるケースもある（学校法人専修大学事件・東京地判平 24 年 9 月 28 日労判 1062 号 5 頁）。

<sup>1581</sup> 横河電機（SE・うつ病罹患）事件・東京高判平 25 年 11 月 27 日労判 1091 号 60 頁など。

は、明示的に使用者に対して障害者である労働者との個別の話し合いが求められている<sup>1582</sup>。これを踏まえると、使用者側はリハビリ出社の仕組みを設けていないとしても、労働者側から時短でのリハビリ出社を希望する申出を受けた場合には、労働者と使用者が話し合い、個別に検討することが求められるであろう。

さらに、本稿で示した「雇用促進的配慮」の枠組みで考えれば、提供義務のある配慮は、「能力の有効な発揮」に資するもので、「職務の円滑な遂行に必要な措置」であることが求められる。リハビリ出社の場合は、その期間中ではなく、復職後にそのような効果をもたらすかという視点で考えることが必要であろう。たとえば、リハビリ出社で、時短勤務からはじめて徐々に業務量を増やしていくといった場合（復職後においても業務量の調整が必要かもしれないが）、復職後の職務を円滑に遂行することを可能にするものとして有効であると考えられる。同様に、復職後の職務遂行において、能力の有効な発揮の支障となる事情を確認するという位置づけで、リハビリ出社を提供することも有用であると考えられる。

一方で、従前の職務での復職を前提に考えると、復職後の「職務の円滑な遂行に必要な措置」という枠組みからみて、その有効性が認められず、「雇用促進的配慮」として提供する義務がないという判断もあり得る<sup>1583</sup>。たとえば、フルタイムでの復職や従前の職務への復職を労働者が希望しており、リハビリ出社を行ったからといって、まだそのような形で復職が可能になるような状態ではない場合、リハビリ出社が有効とはいえないと判断されることも考えられる。ただし、使用者側は、リハビリ出社のような措置が、既存の仕組みにのっとらないことを理由として過重性を主張するのではなく、障害者である労働者と話し合い、その意向を尊重しつつ、復職後の「能力の有効な発揮」の支障となる事情を確認するという観点も含めて、その提供可否を判断することが求められる。

#### d) 労働契約の変更を伴う配置転換の可能性（二元論）

引き続き、労働契約の範囲を拡張するなど、契約変更を伴う「雇用促進的配慮」がどこまで求められるかを検討するため、解雇回避措置としては行われ難い種類の配置転換に焦点を当て、さらに掘り下げて考える。基本的には、上記 c) での検討を前提とすると、永続的な軽易業務への配置、業務量の軽減

<sup>1582</sup> 職場復帰に関する参考資料として、厚労省中央労働災害防止協会「改訂 心の健康問題により休業した労働者の職場復帰支援に手引き」

([https://kokoro.mhlw.go.jp/brochure/supporter/files/H25\\_Return.pdf](https://kokoro.mhlw.go.jp/brochure/supporter/files/H25_Return.pdf), 2017/05/27 最終閲覧)。

<sup>1583</sup> 横河電機事件・前掲注 1581。復職に関して、「一概に短時間労働から始めて徐々にフルタイム勤務に移行させるべきであると断ずることができるものではない」とされている。このような勤務形態を取ることにについて、「場合によっては職場復帰の当初から本来の勤務時間で就労するようにさせた方がよい」とする考え方もあり、有効性の観点から、そのような勤務を認めなかったからといって安全配慮義務に違反するとはいえないと導いている。

と同じ考え方で、労働契約の範囲を拡張する形で配慮が求められ得ると考えられる。ただし、実際に具体的な場面でそのような配慮提供を考えると、さらなる考慮が必要となる。

たとえば、本節(1)(イ)で取り上げた三菱重工業事件<sup>1584</sup>の下で、配慮として勤務地変更が求められたと仮定した場合、配慮義務が生じるか否かを判断するために次の点を明らかにしなければならないことを指摘した。労働契約上、職務や勤務地限定の合意があると判断された場合でも、労働契約の変更を伴う配置転換が配慮として求められるのかどうか。もともと労働契約上勤務地限定の合意がある場合、勤務地変更が障害者である労働者の意向であっても、原職場への復帰が可能であるならば、原職場への復帰を優先しても問題ないかどうか。家族の支援の必要性から配慮を要求している場合、そのような個人的事情から要請された配慮は提供する義務があるかどうか。

以上3つのポイントに沿って、労働契約の変更を伴う「雇用促進的配慮」を、さらに掘り下げて検討する。実際の裁判では検討されていないので、ここでは、労働契約上、勤務地限定の合意があったと仮定し、勤務地の変更を伴う配置転換という配慮は、労働契約上の限定を取り払う必要があるため、労働契約の変更を伴う「雇用促進的配慮」に当たるとして検討する。なお、促進法の下での解釈を試みる前に、配置転換という性質からADA第1編の合理的配慮義務を参考にすると、ADA第1編では、障害によって現在の職務が遂行できなくなった労働者に対して「空きのあるポジションへの配置転換」が考慮されること、配置転換先でも必要な「適格性」を満たすよう求められること、配慮は障害による制限に関連したもので、さらに、使用者と労働者の関係で提供される性質のものであること、などを踏まえると、この仮定の下で原告が求める配置転換は合理的ではないと判断されることが考えられる。

以下では、本項②及び③c)の検討から、促進法で求められる「雇用促進的配慮」の範囲として本稿が提示した、「使用者と労働者の間の話し合い」、「職務の円滑な遂行」、「障害者である労働者の有する能力の有効な発揮」という3つの要素を用いて検討する。

まず、労働契約上、勤務地限定の合意があるとして、勤務地変更を配慮として障害者である労働者が求めている場合、障害者である労働者と使用者との間で話し合い、労働者の意向を尊重しながら、講ずべき措置を考えるという手続きが必要となる。仮に使用者側の配置転換をしないという判断に合理性があるとしても、結論に至る前に、どのような話し合いがなされたのかといった、手続き面での適正さが合理的配慮に関しては必要である。

一方で、三菱重工業事件の事例をもとに、勤務地変更を伴う配置転換を考慮すると、職務能力との関係で問題が生じる。「職務の円滑な遂行に必要な措置」という観点からは、従前の職務だけではなく、別の職務も含め、いずれかの職務を円滑に遂行できるようになることが必要である。しかし、三菱重工業事件の事例では、他の事業所では、同じ技能職でも所管する製品等が異なり、担当製品が異なると必

---

<sup>1584</sup> 前掲注 1466。

要なスキルも異なることから、他の事業所への異動は実質的に行われていないとされている。技能職として他の事業所への配置転換を労働者が希望したとしても、そこで必要とされる「労働能力等」を致さないで行った能力の限界が問題となる可能性がある。当該事例の下では、他の事業所の技能職に求められる労働義務の本質的内容を考えると、他の事業所で遂行可能な仕事はないと判断される可能性は高い。ただし、促進法の下では、採用後の合理的配慮として、障害者である労働者の「能力の有効な発揮」という観点から、配置可能な業務を検討することも考えられる。業務量の調整や業務の切り出しによって、労働者の希望する事業所で遂行可能な職務がないか、検討することが必要となる。

なお、適当な職務が存在しないといった実現困難度等は、過重な負担の考慮要素から総合的に勘案される。過重な負担の考慮要素は、事業活動への影響の程度、実現困難度、費用・負担の程度、企業の規模、企業の財務状況、公的支援の有無（配慮指針第5）であり、日本の一般労働法における現実的配置可能性にかかる判断が、具体的な職務の空き状況よりも、労働者の能力、経験、地位、使用者の規模、業種、配置転換の実績、困難度などから考慮されている点で、ある意味類似している。しかし、一般労働法では、あくまで職務無限定の労働契約の下で、現実的配置可能性が広く認められてきたのに対し、個別の状況を踏まえ、契約の範囲を拡張するような形で検討する点で違いがある。

次に、原職場での復帰可能性があるとして使用者は判断しているのに対し、労働者が配慮として勤務地変更を要求した場合、障害者の意向を尊重し、そのような配慮を提供する義務が生じるのであろうか。

基本的には、まずは、労働契約上の債務の本旨に従った労務の提供が求められると考えるのが妥当であろう。配慮指針でも、別の職務に就かせるなどの配慮は、重要な職務遂行に支障を来すと判断され、職務遂行を継続させることが困難な時に検討され得る例として扱われている（同第4, 1(2)ロ）。

上述したように、手続き的には、講ずべき措置にかかる使用者と障害者である労働者との話し合いの中で、当該障害者の意向を尊重することが求められている（第3, 2(2), (3)）。そのため、障害者である労働者の従前の評価等からみて、原職場では当該障害者の有する能力が十分に発揮できない事情が存在すると判断されるのであれば、その事情の改善のため、能力や適性にあった配置について検討することが必要である。しかし、そもそも労働契約上勤務地限定の合意があり、原職場で職務遂行が可能な配慮が存在するのであれば、配置転換の意向があつたとしても、第一義的には、障害者である労働者に対しても労働義務の履行を求めることができると考えるのが妥当であろう。

これらを踏まえると、雇用促進的配慮では、労働契約を変更し、その範囲を拡張した形で提供することがあるとしても、限定された勤務地や職務を変えずに、障害者の雇用維持という目的を達成する手段が存在するのであれば、それが優先されると考えられる。

最後に、勤務地変更が日常生活に必要なサポートを家族から受ける目的で要求されている場合には、提供義務は生じないのであろうか。個別の事情を踏まえ、使用者は、従前の職務での復帰が可能と判断したとしても、労働者にとって日常生活が整わない状況では、職務継続が難しいことも考えられる。

促進法の合理的配慮規定では、「障害の特性に配慮」した措置とされているが、配慮内容が、障害に関係したものでなければならないと明文化されているわけではない。しかし、促進法2条1号の障害者に該当するからといって、障害とは関係のない理由で配慮を要求することはできないと考えられる。たとえば、障害者であるからといって、全員が勤務スケジュールの調整を受けられるわけではなく、求められる配慮が障害と関係しないものであれば、使用者はそれを提供する義務は負わないと解釈するのが適当であろう。

しかし、三菱重工業事件のように母親が原告の成年後見人となっている場合など、家庭の事情とはいえ、勤務地変更の必要は、障害から生じていると捉えることもできる。その場合、個人的な障害とは関係のない要求をしているのではなく、障害が原因で職務継続ができないため、配慮を求めていると捉えられると考えられる。つまり、障害によって生じる社会的な制約が大きく、家族のサポートが必要で、そのサポートを受けられる場所に、勤務地を移すことによって、就労を継続したいという場合、勤務地変更以外の措置は、障害者である労働者にとっては雇用維持の点で機能しないこともある。

基本的には、家庭などの個人的な事情を理由とする配慮が使用者が提供する義務はないものの、障害とその環境が原因で、職務遂行に支障を来しているとするれば、勤務地変更を含め雇用を維持する手段について話し合う必要はあるであろう。

日常生活が整わなければ、職務の円滑な遂行にも支障を来すことは明らかであり、従前の職務を遂行する上での配慮をいくら提供されたとしても、障害者である労働者にとっては、日常生活におけるサポートがないことが原因で、雇用継続が難しいことがある。日常生活は、職務の円滑な遂行と簡単に切り離せるものではない。また、一般労働法の下では、使用者は、労働者と仕事と生活の調和に配慮した労働契約を締結、変更することが求められている（労契法3条3項）。

しかし、採用後の合理的配慮は、あくまで「職務の円滑な遂行に必要な措置」の範囲に限定され、本稿でも「雇用促進的配慮」はこの範囲で求められると考えている。また、合理的配慮は、「均等な待遇の確保」もしくは「能力の有効な発揮」に支障となっている事情を改善するためのものであるから、日常生活におけるサポート等は含まれないと考えられる。配慮指針でも、日常生活のために必要である眼鏡や車椅子等の提供は事業主に求められないと示されている（第4,1(2)イ）。

一般に、日常生活において家族のサポートを必要とするという事情は、個人的なもので、使用者と労働者の関係の中に含まれる性質のものではない。転居を伴う異動が労働者の生活に重大な影響を及ぼす

場合、使用者の配転命令に対し、異動を拒否できるとされているけれども<sup>1585</sup>、労働者が家庭の事情で異動を希望した場合、異動の希望が通るかどうかは、使用者の人事方針等に依存するところである。そのような観点からみても、労働者が障害者であるからといって、日常生活における家族のサポート理由に、勤務地変更を合理的配慮として求めても、使用者にそのような配慮を提供する義務は生じないと考えられる。ただし、勤務地変更については、仕事と生活の調和に配慮するという観点からも、話し合いを持たずに拒否するのではなく、その可能性について障害者である労働者と話し合うことが望ましいであろう。

合理的配慮は促進法の下で規定されていることなどから、解雇や雇止めの際の雇用促進的配慮を二元論的に捉えると、労働契約上の配慮義務よりも広く、労働契約の変更を伴うような措置も含まれ得る。それゆえ、平均的な解雇回避措置よりも手厚く、障害者である労働者の雇用を維持する機会が確保される可能性は高くなるであろう。労働契約の変更を伴う「雇用促進的配慮」が一定の範囲で義務づけられるとしても、第一義的には障害者である労働者に対して、労働契約上の義務の履行が求められる。したがって、講ずべき配慮の決定には、障害者である労働者の意向を尊重することとされているものの、当該労働者の意向のままに提供しなければならないものではない。なお、採用後の合理的配慮は、「職務の円滑な遂行」に必要な措置であることから、日常生活に必要なものの提供は、合理的配慮には含まれない。ただし、家族のサポートが受けられる勤務地への変更がなされなければ、障害者である労働者の雇用を維持することは難しく、それが障害とその環境に起因しているという事情が考えられるため、日常生活に関する配慮について提供する義務はないものの、労働者が仕事と生活の調和をはかれるよう、そのための話し合いをすることが望ましいとはいえるであろう。

#### (エ) 小括

本項は、日本の合理的配慮には、雇用平等と雇用促進の概念が混在していることを指摘し、両者の関係を調整しなければ、合理的配慮の提供において混乱が生じ得るという、本章第1節で提起した問題に取り組むため、合理的配慮を「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」に分ける枠組みを示した。また、雇用平等と雇用促進の間を調整するという問題だけでなく、それぞれの目的において合理的配慮が機能することを考えた際に生じる具体的問題に対し、促進法の条文解釈も踏まえ、本稿の見解を示した。

日本の合理的配慮のあり方を検討する上で、以下の5点を取り上げている。

---

<sup>1585</sup> 労働者の生活に著しい不利益を及ぼす場合には、異動命令を拒否できるとされる。主には家族や近親者の介護が理由となる。北海道コカ・コーラボトリング事件・札幌地決平9年7月23日労判723号62頁、明治図書出版事件・東京地決平14年12月27日労判861号69頁、日本レストランシステム事件・大阪高判平17年1月25日労判890号27頁など。

1点目は、「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の2つの概念を立てて、日本の合理的配慮を2つに分けることの有用性を示した（本項（ア））。繰り返し述べてきたように、日本では、雇用率制度を軸に障害者雇用の拡充を促してきた促進法の中に、雇用平等の確保を目的とする差別禁止法理が導入された影響を受けて、合理的配慮の中にも、差別禁止規定との結びつきが強いものと、雇用率制度との結びつきが強いものの両方が含まれていると考えられる。それらが同じ「合理的配慮」として検討されることで、混乱が生じるため、「本質的機能」を用いて、2つの概念を独自に設定した。差別禁止の枠組みで「合理的配慮」を捉える際には、本質的な部分とそうでない部分という考え方が先行研究の中でも用いられている<sup>1586</sup>。本稿では、ADA第1編を参考にして、改めて、雇用の場面で、障害者と障害者でない者の平等を確保するためには、労働に関連する能力（ここでは「労働能力等」とした）に基づき労働者の取扱いを決定することになるが、その場合、あらゆる面で同じというわけではなく、本質的なところで同じという考え方が日本でも必要であると考え、この「本質的機能」概念を用いることの有用性を説明した。

2点目は、「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」の2つの概念が配慮提供の場面で対立を起し得るため、その調整方法として、2段階の検討方法を提示した（本項（イ））。雇用平等と雇用促進という概念は、どちらも障害者雇用を妨げるものではない。しかし、障害者の能力や適性にあわせて、本質的機能を免除、変更する「雇用促進的配慮」は、能力の有効な発揮に資すると考えられる一方で、雇用平等の確保が難しくなるという矛盾を孕んでいる。

そこで、本稿は、障害者が合理的配慮によって均等な機会や待遇を得られるようにすることを重視し、第1段階としては、「雇用平等的配慮」を検討することにした。次に、それだけでは雇用平等のベースとなる「労働能力等」を満たさず、雇用の機会が得られないなど、便益を受けられない場合は、第2段階に移行し、「雇用促進的配慮」を行う。つまり、障害者が遂行可能な業務を切り出すような、「雇用促進的配慮」は、「雇用平等的配慮」の次の段階で検討される段階的な検討を提案した。2段階の検討を踏まえて考えると、使用者が最初から障害者である労働者を雇用するために特別な業務を設けていたとしても、そのような「雇用促進的配慮」の提供を根拠に、「雇用平等的配慮」の提供を免除することにはならない。2段階の検討方法を適用することで、雇用平等を損なわず、両者の住み分けがはかれることを示した。

次に、「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」それぞれの具体的な問題について検討している。本稿で重要な点として意識していたのは、「雇用平等的配慮」をいかに確保するかであり、3点目は、日本の労働環境において、障害者と障害者でない者との雇用平等を実現するために必要な考え方等を、「雇用平等的配慮」も含めて検討した（本項（ウ）①）。

---

<sup>1586</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 225 頁。川島 聡＝星加 良司・前掲注 1429 参照。

本稿の「雇用平等的配慮」は、本質的な部分で同等の人に、均等な機会や待遇を確保するという観点から、本質的機能の免除、変更をしないものと定義している。この場合、配慮の提供によって本質的機能が変わるわけではないため、雇用平等的配慮を提供した上で、本質的機能を遂行する能力（「労働能力等」）に基づく平等取扱いが可能となる。一方で、日本の長期雇用を前提とした職務無限定の正社員モデルで想定され得る機能を本質的機能としてしまうことで、障害者を排除する可能性も存在する。日本の雇用慣行の下、どのように、障害者と障害者でない者との間の雇用平等を確保するか。特に、日本の職務無限定の雇用管理を前提にして、正社員モデルで求められるあらゆる機能を「本質的機能」とすると、障害者に不利に働く可能性があり、「雇用平等的配慮」の提供とあわせて、雇用平等の確保を実現する上での問題を検討した。

「本質的機能」は、雇用平等のベースとなる基準であり、過度に障害者を排除したり、必要以上に広く捉えたりすることは、適切ではない。その一方で、本質的機能における能力をベースに平等を確保することが重要なのであって、根本的に必要とされる機能まで免除するべきではない。したがって、職務無限定の正社員モデルで想定されるような、配置転換に柔軟に応じるという機能は、労働者の生活へ配慮が一定程度考慮されるべきであり、合理的な範囲を本質的機能とすべきであること、実態としては配置転換が行われないという職場もあると考えられるので、本稿では、そうした実態を踏まえて本質的機能を判断すべきであると指摘した。それと同時に、職務や勤務地の変更に伴う必要な配慮を積極的に行うことで、配置転換を可能にすることも考えるべきであろう。なお、職務無限定の雇用管理の下では、時間外労働などに柔軟に対応できることなどを本質的機能としてしまうことで、障害者が合理的配慮を受けることを制限してしまうことがある。これに対しては、配慮を受ける障害者の立場を守るという観点からも、これらを本質的機能とする場合には、その条件をかなり事業に必要なものに限定して捉えるべきとした。

4点目は、本稿で設定した「雇用促進的配慮」を、提供する義務があるのかどうか、あるとすれば、どの範囲で求められるのかについて取り上げた（本項（ウ）②）。

本稿では、合理的配慮を「雇用平等的配慮」という差別禁止の枠組みで捉えられるものに限らず、「雇用促進的配慮」という概念も同時に設定している。ただし、「雇用促進的配慮」は、能力や適性に応じて業務を切り出すこと等、障害者向けに何らかの仕事を作ることが想定され、それが促進法の義務として、どこまで求められるのか、適用範囲が問題となる。また、「雇用平等的配慮」がADA第1編を参考にして検討できるのに対し、「雇用促進的配慮」は日本独自の概念であるため、本稿では、法解釈的なアプローチから取り組む必要がある。そこで、本項（ウ）②では、促進法の目的や条文解釈から、「雇用促進的配慮」の適用範囲を検討した。



能力ベースでの雇用平等だけでは、雇用上の恩恵を受けられない障害者に対して、その能力や適性にあった適職に配置し、能力を有効に発揮する機会を確保することが「雇用促進的配慮」の機能であるとする、それは、促進法の趣旨に適うものであると導くことができる。ただし、募集、採用時において「雇用促進的配慮」の提供が義務づけられるとすると、採用条件や予定している業務の本質的機能の免除、変更を求められるため、使用者の採用の自由との関係で、どちらが優先されるのかという問題が生じる。募集、採用に関しては、先行研究等でも、本質的な基準により採用の可否を判断すべきとされ、本稿でいう「雇用促進的配慮」は考えられていないものの<sup>1587</sup>、新たな義務として、促進法で、合理的配慮の提供と差別禁止が導入されたことから、それが採用の自由の例外となるか否かについての検討を要すると考え、本稿で明らかにすることにした。結果として、均等な機会の付与は、採用の自由を制限するもので、募集、採用時に「雇用平等的配慮」の提供は義務づけられるものの、雇用促進は、採用の自由の例外とはならないことから、「雇用促進的配慮」の提供は義務づけられないこと、そして、条文解釈等からも同じことが導けることを示した。一方で、採用後については、「雇用促進的配慮」の提供は、すでに雇用関係にある障害者の「能力の有効な発揮」という点で、促進法の趣旨に適うものであることから、義務として課すことが正当化され得ると考えている。

最後に、5点目は、解雇や雇止めの可能性が生じている場面での「雇用促進的配慮」の提供については、促進法で規定された合理的配慮義務と一般労働法の下での労働契約上の配慮義務との関係や違いを踏まえる必要があり、ひとつの論点として取り上げている（本項（ウ）③）。一般労働法の下で、解雇回避措置を含む、労働契約上の配慮義務が使用者にすでに求められていることから、合理的配慮義務も、この概念を拡張し、より障害特性に配慮するものとして一元論的に捉えることも可能である。しかし、合理的配慮は促進法の下で求められる義務であり、合理的配慮の決定にかかる手続きや、「過重な負担」の考慮要素が配慮指針で示されているなどを考慮すると、労働契約上の配慮義務とは別に、二元論的に捉えた方が、法律上の規定を考えても整合性が取り易い。したがって、「雇用促進的配慮」は、一般労働法の下で解雇回避措置として求められてきた範囲を超えるものが求められ、労働契約の変更を伴う措置も含まれ得ることを導いた。具体的な「雇用促進的配慮」については、②で示した枠組みを用い、障害者である労働者と使用者の間で個別に話し合い決定する必要があること、また、「職務の円滑な遂行」に必要な範囲で、障害者である労働者の有する「能力の有効な発揮」に資するものが特定されれば、使用者は提供する義務を負い、過重な負担ではないのに、配慮を提供せず、解雇や雇止めをすることはできないとしている。

---

<sup>1587</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 225 頁。

## 結語

促進法の下で規定された合理的配慮義務について理論的に解釈し、義務の範囲を明らかにすることを目的に検討を行った。合理的配慮の背景にある概念から、日本での合理的配慮の役割を導いている。本稿では、アメリカを対象とする比較法アプローチと、条文を根拠とする法解釈アプローチの両方を用いている。

第2章で、促進法の合理的配慮義務に関して本稿で問題視している点を3つ取り上げた。①合理的配慮の結果として異なる取扱いが許容される、つまり、合理的配慮が不利益取扱いと結びつく可能性があること、②合理的配慮と一般労働法の下で解雇濫用法理や安全配慮義務から発展した様々な配慮義務との関係を整理すること、③合理的配慮と雇用率制度の下で行われてきた障害者向けの措置との関係を整理すること、である。これらの問題に取り組む上で、本稿では、合理的配慮を均等な機会及び待遇の確保の観点から検討することを重視し、アメリカを比較対象国とした。

合理的配慮は個別のニーズに応じて提供されるもので、そもそも非常に個性性や多様性が高く、何が法的義務の範囲に含まれるのかを判断する際に、感覚的な裁量で決められてしまう懸念がある。そのような事態を回避するには、合理的配慮が必要とされる背景を理解することが重要と考え、本稿では、合理的配慮概念を明らかにすることから、法で求められている義務の範囲を明らかにすることを試みた。

本稿では、2013年の促進法改正を受けて、これからの日本の障害者雇用は、雇用率制度による障害者の雇用枠の確保だけでなく、障害者がより重要な職務に就く機会を得られるよう、障害者でない者との均等な機会や待遇の確保も、重視しなければならないと考えている。日本では、性差別の文脈において、均等法が制定された当初は、「女性のみ一般職」とする女性だけの募集は、女性の就労機会を確保する優遇策で差別ではないとされていたところ、実際には、労働条件が悪く、昇進の機会もない女性の職場を作ることにつながりかねず、また、女性がより重要な職に就くことを妨げるもので、男性への逆差別というよりむしろ女性への差別になり得ると指摘されてきた<sup>1588</sup>。均等法の改正に伴い、両面的な差別禁止法となり、一方の性を排除する規定は禁止されるようになった。そのような観点から、本稿では、合理的配慮も、均等な機会もしくは待遇の確保のために機能することを重視して検討している。

これらを踏まえ、本稿では、比較法研究の対象として、合理的配慮を差別禁止の観点から、雇用平等を確保するための手段として捉えているアメリカを選び、ADA第1編が許容する合理的配慮の範囲に着目した。雇用平等を前提とする差別禁止法の下で、どのように配慮の合理性を判断しているのかについて、判例を中心に検討している。その結果、配慮の合理性判断には、法の求める平等をどのように捉えるかが大きく影響していると本稿では分析している。

---

<sup>1588</sup> 宮本 安美・神尾 真知子・廣石 忠司『男女雇用平等の展開—公平な人事の実現—』（ぎょうせい、1988）6-7、40頁。

本稿の新規性は、雇用平等を前提とする ADA 第 1 編の中でも、合理的配慮として求められる「空きのあるポジションへの配置転換」に、障害を持つ労働者に対して代替の雇用機会を与える、いわゆる、雇用保障としての機能が期待されていると指摘した点である。そして、それが雇用差別禁止法である ADA 第 1 編の射程範囲に含まれるため、雇用保障的な機能を重視するのか、法の前提となる雇用平等を重視するかで、「空きのあるポジションへの配置転換」にかかる合理性判断が二分したと分析している。

ADA 第 1 編では、合理的配慮を受けるためには、適格性を要する一方で、適格性の判断に、合理的配慮を考慮するという相互に関連した形になっている。ADA 第 1 編の法的保護を受けるために必要な「適格性」は、「合理的配慮があれば、（希望する、もしくは、雇用されている）職務の本質的機能を遂行する能力を有する」か否かで判断される。「適格性」を導く「本質的機能」の概念が重要であり、合理的配慮によって、職務の本質的機能を免除、変更することはないというスタンスを保つことで、合理的配慮を提供した上で本質的職務機能を遂行する能力の有無を判断することが可能となっている。したがって、ADA 第 1 編では、配慮をすることで、本質的機能を免除、変更することになる場合には、そのような配慮は合理的ではない、すなわち、法律上求められていないと判断されている。なお、「空きのあるポジションへの配置転換」の場合には、同じ枠組みで、「配置転換（という合理的配慮）があれば、（希望する）職務の本質的機能を遂行する能力を有する」という要件に置き換えられる。最終手段とされる配置転換の場合にも、法の対象となる「適格性」を有することが求められる。

ADA 第 1 編では、合理的配慮の提供義務の範囲は、過度な負担を上限とするだけではなく、法が許容する合理的な範囲に限られている。そのため、過度な負担の判断要素とは別の基準で、配慮の合理性が判断されている。本稿では、ADA 第 1 編の下での合理性判断は、より概念的な解釈を重視していることを指摘している。障害者と障害者でない者との間の平等は、同一取扱いだけで確保できるものではなく、異なる取扱いを必要とする。その意味で、合理的配慮は、平等取扱いを確保するという目的において差別禁止と共通するものであり、条件を公平にするために機能するものである。しかしながら、従来の公民権法第 7 編をはじめとする一連の雇用差別禁止法では、同一取扱いをもって平等を確保しようとしたため、障害者を障害者でない者と異なる扱いをする合理的配慮は、障害者に機会均等を確保するためのものというよりも不公平な利益を与えるものとして「優先的取扱い」と捉えられることもあった。このように、平等概念をどう解釈するかという問題が、合理的配慮の義務の範囲を考える上で生じ、ADA 第 1 編では配慮の合理性判断が統一され難かったと分析している。さらに、合理的配慮に「空きのあるポジションへの配置転換」が含まれていることが、概念上の対立を引き起こしたと考えられる。

ADA 第 1 編は、障害者が不当な差別によって対等な競争から排除されている状況を変えるために成立し、その法的保護の対象となるのは、あくまで本質的機能を遂行する能力のある障害者である。そのた

め、基本的にはあくまで能力ベースの競争が前提で、合理的配慮も、競争条件を揃える以上に、障害者にとって競争上有利になるようなものは求められないとされる。

これに対し、合理的配慮としての「空きのあるポジションへの配置転換」であれば、使用者が「最も適格な人を採用する方針」を一律に適用している場合でも、障害を持つ労働者が、空きのあるポジションに必要な適格性を有しているならば、他の最も適格な候補者よりも優先して当該ポジションに配置することが求められるという判断が一部の裁判所でなされている。採用の段階であれば、使用者が「最も適格な人を採用する方針」を、障害を持つ応募者を含めて一律に適用することは問題にならない。障害を持つ個人が、募集しているポジションで求められる適格性を有しているとしても、使用者は、当該方針に基づき、候補者の中から最も適格な者を採用することができる。一方で、合理的配慮義務としては、そのような中立的な方針に基づく判断よりも、障害を持つ労働者への配慮が優先されるという前述の判断は、「空きのあるポジション」をめぐる競争において、障害を持つ労働者に機会均等を超える取扱いが求められていると捉えることができる。合理的配慮に、「空きのあるポジションへの配置転換」が含まれていることは、障害が原因で失業する可能性のある労働者に、代替の雇用機会を与えて、雇用を維持する、つまり、失業を回避して労働市場に障害を持つ個人をとどめることを、ADA 第 1 編が求めていると解することもできる。そのため、中立的な方針に基づく判断よりも、「空きのあるポジションへの配置転換」を優先させることが、合理的か否かで判断が分かれた背景に、雇用平等と雇用保障のどちらを重視するのかという概念上の対立があると、本稿では分析している。

以上のように、本稿では、ADA 第 1 編の分析により、法の求める平等をどう解釈するかによって、配慮の合理性の範囲も変わることを示している。さらに、ADA 第 1 編では、障害を持つ個人を労働市場にとどめるという機能を「空きのあるポジションへの配置転換」に求めていること、ただし、それは、雇用保障的な機能を有するため、第一義的な法の目的である雇用平等と雇用保障のどちらの概念を重視するかで対立し、配慮の合理性の判断が変わり得ることを本稿独自の視点から分析し、指摘した。

このアメリカ法の分析と同様の枠組みを用いて、本稿では、日本の合理的配慮の概念を以下のように分析している。

日本では、促進法の下で雇用分野における合理的配慮義務が規定された。雇用義務や職業リハビリテーションを通した障害者の職業の安定に重点が置かれてきた同法の下で、差別禁止法理が規定されたことに特徴がある。障害者の雇用促進を目的に発展してきた促進法に、新たに差別禁止法理が導入されたことで、雇用平等という目的も同法に追加される形になった。このような構造から、同法の下で規定された合理的配慮には、雇用促進と雇用平等の 2 つの概念が混在することが考えられる。

第 4 章では、異なる 2 つの概念が混在していることで生じる問題も含め、日本の合理的配慮にかかる問題を改めて提起している。①異なる 2 つの概念が共存している場合、合理的配慮の提供の場面でど

らの概念を重視するかで配慮内容が分かれる場合、どのように調整するのか、②合理的配慮の提供により均等な機会や待遇を確保するとしても、日本の雇用システムの下では何をベースに障害者と障害者でない者との雇用平等を確保するのか、③障害者の能力や適性に応じた業務の切り出し等は、合理的配慮なのかどうか、すなわち、法的義務の範囲に含まれるものなのかどうか、④一般労働法と合理的配慮との関係をどのように位置づけるのか、という大きく4つの問題に取り組む必要を述べている。

日本でも、合理的配慮はあくまで差別禁止の枠組みで捉えるべきで、「あまりに職務遂行能力が十分でない場合には、雇用率制度の中で対応すべき」とする指摘がある<sup>1589</sup>。他方で、これまでの障害者雇用における企業の実践的な取り組みから、日本の合理的配慮を考える研究もある。また、行政解釈でも「業務の切り出し」や「業務量の調整」が合理的配慮として例示されていること、今後も雇用率制度やその他の雇用促進策が継続されていくことから、日本の合理的配慮概念は、差別禁止の枠組みだけで捉えることはできないと考えている。

そのような観点から、本稿では、雇用平等の確保という合理的配慮の機能を重視しつつ、促進法の趣旨にのっとった雇用促進的な配慮も存在し得ると考え、合理的配慮を2つに切り分けて独自の概念を立てている。すなわち、労働義務の本質的機能を免除、変更しないで雇用平等の確保を重視するものを「雇用平等的配慮」、障害者の能力や適性に合わせて本質的機能を免除、変更してでも障害者の雇用を促すものを「雇用促進的配慮」としている。また、ADAを参考にした「本質的機能」概念は、日本でも有用かつ必要であることを示し、雇用分野において、障害者である労働者と障害者でない労働者の間の均等な機会や待遇を確保するベースとなるのは、労働に関連する能力であり（行政解釈等では「労働能力等」と呼ばれている）、「労働能力等」は、労働契約上求められる義務内容から本質的な部分（本質的機能）を洗い出し、その本質的機能を遂行する能力と位置づけた。

このように日本の合理的配慮にかかる概念を明確に立てることにより、先行研究では十分に説明されていない合理的配慮の解釈について補足できるようになる。たとえば、「採用基準を変更するようなものは求められないけれど、周辺的な機能であれば、それを問わないことが合理的配慮となり得る」という主張に対しては<sup>1590</sup>、同じ結論が導かれるものの、本稿独自の概念を用いると、当該主張には2つの論点が含まれていることが分かる。①「雇用平等的配慮」としては、採用基準の本質的な機能を変更することは求められないが、周辺的な機能であれば、免除、変更が求められ得ること、②採用基準の本質的な機能を免除、変更する「雇用平等的配慮」の提供は、募集、採用時に義務づけられていないこと、である。特に、後者のポイントは、合理的配慮義務が採用の自由を制約するのかどうか、もしくは、どのような配慮は採用の自由の例外となるのかという点を明らかにする必要がある。これを受けて、本稿

<sup>1589</sup> 永野 仁美ほか編・前掲注 129, 227 頁。

<sup>1590</sup> 永野 仁美ほか編・同上, 225 頁。

では、促進法に新たに加わった差別禁止と合理的配慮の提供の 2 つの義務について、採用の自由の制約になるか否かの検討を要すると考え、原理的な説明と条文解釈による説明の両方を行い、当該主張の正当性を検証している。一例を挙げると、機会均等の付与は、使用者の採用の自由よりも優先されるべきものであるものの、雇用促進は、誰をどのような条件で採用するかを自由に決める使用者の裁量を制限するものではないこと等を検討し、募集や採用の場面では、均等な機会の付与に資する「雇用平等的配慮」の提供は義務づけられ、使用者の採用の自由を制約するのに対し、募集、採用の場面で、採用基準の本質を変えるような「雇用促進的配慮」は、過重な負担か否かにかかわらず求められないことを導いている。

なお、本稿では、雇用平等と雇用促進という 2 つの概念を相補的に機能させる調整方法として、「雇用平等的配慮」によって、障害者に均等な機会や待遇を確保することを優先的に検討した結果、それだけでは、便益を受けられない場合に「雇用促進的配慮」を考慮する段階的検討を提示している。このように 2 段階の検討によって、雇用率制度の下で行われてきたような取組みが優先されることで、雇用平等の確保が損なわれることを防ぐことが可能である。さらに、この段階的検討では、最初に「雇用平等的配慮」の検討を行うことから、障害者に対して特定の業務を与えるという「雇用促進的配慮」の提供によって、「雇用平等的配慮」の提供が免除されるわけではないことも明らかにしている。本稿では、雇用されている障害者に対しては、「雇用促進的配慮」も法的義務の範囲に含まれると解しているが、障害者の「能力の有効な発揮」に資するものであっても、処遇などの面で障害者でない者と比べて不利益を被る可能性は否定できない。そのため、段階的検討によって、まずは均等な待遇の確保を可能にする「雇用平等的配慮」の提供を検討することで、そのような不利益を最小化する方法を提示した。

本稿の主題である合理的配慮の提供義務の範囲については、「雇用平等的配慮」と「雇用促進的配慮」に分けて、それぞれ検討している。上記の 2 段階の検討を踏まえると、「雇用平等的配慮」は、使用者は過重な負担とならない限り、使用者は提供しなければならないと考えられる。「雇用平等的配慮」が過重な負担でないにもかかわらず、提供されないことで、合理的配慮を提供した上での「労働能力等」を適正に評価した結果で判断されず、障害者が不当な差別的取扱いを受けることになる。

ADA 第 1 編を参考にすると、雇用平等的配慮には、職場にある既存の中立的ルールを調整したり、当該ルールの適用上の例外を認めたりすることも含まれ得る。また、そのようなルールの存在だけで、過重な負担をもたらすことを証明できるわけではなく、ルールの適用を個別に調整することの過重性を示す必要がある。雇用平等的配慮は提供する義務があることを踏まえて、その上で、過重な負担を判断するため、合理的配慮の提供義務の範囲を程度問題で捉えられるという懸念に対して、解決法を提示したといえる。

一方で、本稿では、採用後の合理的配慮規定（促進法 36 条の 3）には、「本質的機能の免除、変更」を伴う「雇用促進的配慮」が含まれていると考えている。これは、使用者と障害者である労働者の話し合いによって決定されるもので、「能力の有効な発揮」及び「職務の円滑な遂行に必要な措置」という限定もなされている。単に「雇用促進的配慮」を提供し、障害者が障害者でない者とは異なる処遇を受けるのであれば、「障害者であることを理由として特定の仕事を割り当てる」という差別行為になるが、それが上記のように「能力の有効な発揮」といえるものであれば、法の趣旨に適うものであり、過重な負担でない限り提供すべき義務があるという解釈を本稿では導いた。この考え方は、解雇や雇止めの場面でも参考にでき、能力や適性等にあった業務を割り当てる雇用促進的配慮が可能であるならば、それを提供しないで、解雇や雇止めを行うことは認められないと考えた。

以上のような検討から、合理的配慮の理念と構造を明らかにすることで、法的義務の範囲を検討し、それぞれの問題に対する解決方法を示した。